

Prosentlæren i avhendingsloven § 3-9 annet punktum



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 721
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17 938 ord

12.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Bakgrunn – kort om avhendingsloven § 3-9	1
1.3	Problemstillingen	3
1.4	Avgrensninger	3
1.5	Rettskildebildet	4
1.6	Den videre fremstillingen	8
<u>2</u>	<u>AVHENDINGSLOVEN § 3-9 ANNET PUNKTUM</u>	<u>9</u>
2.1	Generelt	9
2.2	Vesentlighetsvurderingen	11
2.2.1	Vurderingstemaet	11
2.2.2	Tidspunktet for vurderingen	13
2.2.3	Terskelen	14
2.2.4	Momentene	15
<u>3</u>	<u>PROSENTLÆREN</u>	<u>17</u>
3.1	Prosentlærens innhold og bakgrunn	17
3.2	Praksis fra Høyesterett før 2010	18
3.3	Rt. 2010 s. 103	20
3.3.1	Sakens bakgrunn	20
3.3.2	Høyesteretts drøftelse og konklusjon	20

3.3.3	Avgjørelsens betydning	21
4	<u>PROSENTLÆREN – EN VURDERING</u>	23
4.1	Innledning	23
4.2	Skjønnsmessige vurderinger – rom for matematikk?	23
4.3	Kjøpesummen – et riktig utgangspunkt?	25
4.4	Prosentlærens betydning for domstolene	26
4.5	Prosentlærens betydning for kjøper og selger	28
4.6	Oppsummering	28
5	<u>PROSENTBEREGNINGEN</u>	29
5.1	Innledning	29
5.2	Hvorfor drøfte beregningen av prosentsatsen	30
5.3	Beregning av kjøpesummen	32
5.3.1	Hvilken pris skal legges til grunn?	32
5.3.2	Forholdet til tomteverdien	34
5.4	Beregning av utbedringskostnadene	38
5.4.1	Innledning	38
5.4.2	Tidspunkt for beregningen	39
5.4.3	Feil og mangler som skal legges til grunn for beregningen	44
5.4.4	Fradrag for forlenget levetid og standardheving	47
5.4.5	Andre justeringer av utbedringskostnadene	56
6	<u>PROSENTLÆRENS BETYDNING I VESENTLIGHETSVURDERINGEN</u>	58
6.1	Innledning	58

6.2	Generelt om prosentlærens betydning	58
6.3	Terskelens betydning for vesentlighetsvurderingen	60
6.3.1	Innledning	60
6.3.2	Prosentsetser under terskelen	60
6.3.3	Prosentsetser på eller over terskelen	62
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>
7.1	Bøker	64
7.2	Artikler	65
7.3	Lover	65
7.4	Forarbeider	66
7.5	Domsregister	66
7.6	Forsikringsklagenemnda	67
7.7	Internettkilder	67

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Oppgavens tema er den såkalte ”prosentlæren” i avhendingsloven¹ (heretter avhl.) § 3-9 annet punktum. Prosentlæren er en teknikk som er utviklet gjennom rettspraksis de senere år hvor man sammenligner kjøpesummen for en eiendom med utbedringskostnadene for påståtte mangler, og lar forholdstallet utgjøre et moment i vurderingen av om det foreligger en mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum.

1.2 Bakgrunn – kort om avhendingsloven § 3-9

Avhendingsloven regulerer salg, samt bytte og gaveoverføring, av fast eiendom jf. § 1-1. I lovens kapittel 3 er det gitt nærmere regler om hvilke krav som kan stilles til eiendommens stand, herunder hva som utgjør en kontraktsrettslig mangel. Bestemmelsen i § 3-9 regulerer forholdet der en eiendom er solgt ”som den er” eller med lignende forbehold.

Bestemmelsen lyder:

§ 3-9. Eignedom selt « som han er » e.l.

Endå om eignedomen er selt « som han er » eller med liknande allment atterhald, har eignedomen likevel mangel der dette følgjer av §§ 3-7 eller 3-8. Eignedomen har også mangel dersom han er i vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.

Et forbehold om at eiendommen selges ”som den er” innebærer at kjøper overtar risikoen for eventuelle skjulte mangler ved overtakelsen. Forbeholdet er en generell ansvarsfraskrivelse for selger. Formålet med avhl. § 3-9 er å modifisere denne ansvarsfraskrivelsen, og oppstille vilkår for når det likevel vil foreligge en kjøpsrettslig

¹ Lov om avhending av fast eignedom 3. juli 1992 nr. 93.

mangel. Bestemmelsen gir uttrykk for et allerede etablert, obligasjonsrettslig prinsipp.² Man finner lignende bestemmelser i kjøpsloven³ § 19, forbrukerkjøpsloven⁴ § 17, håndverkertjenesteloven⁵ § 17, 2.ledd og husleieloven⁶ § 2-5.

Det foreligger mye rettspraksis omkring avhl. § 3-9, i hovedsak tingretts- og lagmannsrettsavgjørelser. Dels skyldes dette at det generelt ofte oppstår tvister i forbindelse med kjøp av fast eiendom, og mange av tvistene kommer opp for domstolene. Den høye prosessviljen hos kjøper og selger forklares blant annet med introduksjonen av rettshjelpforsikring og eierskifteforsikring.⁷ Det antas også at vedtakelsen av avhendingsloven har bidratt til økt rettighetsbevissthet.⁸ Dels skyldes også det høye antallet avgjørelser omkring § 3-9 at så godt som alle brukte boliger i dag selges ”som den er” eller med lignende forbehold.⁹ På denne bakgrunn må § 3-9 sies å ha blitt den praktisk viktigste mangelsbestemmelsen i avhendingsloven i dag.¹⁰

Når det gjelder vesentlighetskravet i avhl. § 3-9 annet punktum beror dette i utgangspunktet på en skjønnsmessig helhetsvurdering. I underrettspraksis har man imidlertid utviklet en teknikk, som nevnt innledningsvis, der man sammenligner forholdet mellom utbedringskostnadene for de påståtte mangler på den ene siden og kjøpesummen på den andre. Forholdstallet lar man så bli et viktig moment i vesentlighetsvurderingen. Fremgangsmåten omtales i litteraturen som ”prosentlæren”.¹¹ Det har lenge vært en generell oppfatning, basert på underrettspraksis, at utbedringskostnader på 3-4 % av kjøpesummen har vært tilstrekkelig til at forholdet kan karakteriseres som vesentlig.¹² Det har imidlertid vært delte meninger om dette, og prosentlæren har generelt møtt en del

² Syrstad (2005) s. 88 med videre henvisninger.

³ Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27.

⁴ Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34.

⁵ Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere 16. juni 1989 nr. 63.

⁶ Lov om husleieavtaler 26. mars 1999 nr. 17.

⁷ Syrstad (2005) s. 86 og Bergsåker (1999) s. 4.

⁸ Bergsåker (1999) s. 4.

⁹ Syrstad (2005) s. 86, Anderssen (2008) s. 176.

¹⁰ Anderssen (2008) s. 176.

¹¹ Bla. Anderssen (2008) s. 185, Bergsåker (2003) s. 178.

¹² Bergsåker (2003) s. 178, Anderssen (2010) s. 113.

motstand i juridisk teori. Først i avgjørelsen Rt. 2010 s. 103 kom det en avklaring fra Høyesterett. I denne avgjørelsen godtok Høyesterett prosentlæren som et utgangspunkt for helhetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum, og det ble antydning at vesentlighetsskelen vil ligge noe høyere enn tidligere antatt.

1.3 Problemstillingen

Ettersom avhl. § 3-9 har blitt en viktig bestemmelse i praksis, og prosentlæren har blitt et viktig element i den helhetsvurdering § 3-9 annet punktum gir anvisning på, kan det være interessant å se nærmere på hvordan prosentlæren bør anvendes i praksis. En viktig side ved dette er å gjennomgå den kritikk som har blitt rettet mot prosentlæren, og vurdere fordeler og ulemper ved en slik fremgangsmåte. Videre vil en sentral problemstilling være hvordan prosentsatsen bør beregnes – hvordan henholdsvis kjøpesummen og utbedringskostnadene bør fastsettes. Problemstillingen har i liten grad vært berørt i rettspraksis, og fremstillingen vil derfor preges av drøftelser de lege ferenda. En ytterligere problemstilling vil være hvilken betydning den konkrete prosentsatsen skal få i helhetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.

1.4 Avgrensninger

Tema for oppgaven er prosentlæren, herunder vesentlighetsvurderingen i avhl. § 3-9 annet punktum. Avhl. § 3-9 første punktum, som henviser til reglene om selgers opplysningsplikt, vil ikke behandles. Det samme gjelder avhl. § 3-10 om kjøpers undersøkelsesplikt. Avhl. § 3-9 annet punktum forutsetter at verken selger eller kjøper kjente eller måtte kjenne til de aktuelle feil og mangler ved eiendommen, og dette vil legges til grunn i det følgende. Heller ikke lovens anvendelsesområde, reklamasjonsreglene, andre mangelsbestemmelser eller mulige mangelsbetydelser vil behandles i oppgaven.

Avhendingsloven er i utgangspunktet deklarasjonsloven, med enkelte unntak for forbrukere jf. § 1-2. Bestemmelsen i § 3-9 er blant dem som ikke kan fravikes ved avtale til ugunst for

forbrukere, det vil si at selger aldri kan fraskrive seg ansvaret for vesentlige mangler ved forbrukersalg. Forbehold i næringskjøp som fraviker avhl. § 3-9 vil ikke behandles her. Videre vil oppgaven i hovedsak fokusere på kjøp av bolig og fritidseiendom. De fleste avgjørelser fra rettspraksis dreier seg om nettopp kjøp av bolig og fritidseiendom, og det er i disse tilfellene § 3-9 har størst betydning.¹³

Oppgavens tema, prosentlæren, er bare et av flere relevante momenter i den helhetsvurdering avhl. § 3-9 annet punktum gir anvisning på. Av plasshensyn er det ikke mulig å gi en utfyllende fremstilling av samtlige momenter som inngår i vurderingen. De øvrige momentene vil kort behandles i punkt 2.2.4. Selv om momentene er viet liten plass i denne oppgaven må man imidlertid ikke glemme at disse faktisk spiller en svært viktig rolle i vesentlighetsvurderingen. For en utfyllende gjennomgang av de aktuelle momentene kan det blant annet henvises til Anderssen.¹⁴

1.5 Rettskildebildet

Oppgaven vil baseres på alminnelig juridisk metode, og tar utgangspunkt i tradisjonelle rettskildefaktorer, så som lovtekst, forarbeider, rettspraksis og så videre. Hvilke rettskilder som vil anvendes vil trolig variere noe alt etter om det er vesentlighetsvurderingen i avhl. § 3-9 annet punktum generelt eller selve prosentlæren som omtales. Dette vil belyses nærmere i gjennomgangen av de ulike rettskildene.

Avhendingsloven av 3. juli 1992 nr. 93 kodifiserer i stor grad tidligere ulovfestet rett.¹⁵ Det er lovteksten som danner grunnlaget for den vesentlighetsvurdering som skal foretas etter § 3-9 annet punktum, og prosentlæren er nettopp utledet av ordlyden i § 3-9. Derfor er avhendingsloven et viktig utgangspunkt for fremstillingen. Samtidig inneholder lovteksten skjønnsmessige kriterier som innebærer at loven må suppleres med andre rettskilder.

¹³ Syrstad (2005) s. 87.

¹⁴ Anderssen (2002) s. 42-79, Anderssen (2008) s. 189-201.

¹⁵ Jf. bla. NOU 1979:48 s. 7.

Som nevnt innledningsvis gir avhendingsloven § 3-9 uttrykk for et etablert, obligasjonsrettslig prinsipp.¹⁶ Dette innebærer at man finner lignende bestemmelser i andre kontraktslover. Måten prinsippet er tolket i andre lover kan være en relevant tolkningsfaktor når man skal ta stilling til innholdet i § 3-9 annet punktum. Dette gjelder kanskje særlig kjøpsloven,¹⁷ ettersom mange av bestemmelsene i avhendingsloven svarer til bestemmelsene i kjøpsloven, og dette også var lovgivers intensjon.¹⁸ Men ettersom prosentlæren ikke ser ut til å ha fått tilsvarende gjennomslag på beslektede områder vil disse lovene i liten grad omtales her.

Avhendingsloven § 3-9 var opprinnelig ikke en del av Sivillovbøketvalgets lovutkast i NOU 1979:48, men kom inn i Ot.prp. nr. 66 (1990-91) etter forslag fra Justisdepartementet.¹⁹ I forarbeidene vises det i stor grad til kjøpslovens forarbeider²⁰, og dette gjelder også for omtalen av § 3-9 annet punktum. I tolkningen av lovteksten vil forarbeidene være en relevant og viktig rettskilde, og det vil henvises til forarbeidene i omtalen av vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet punktum. Når det gjelder prosentlæren har denne imidlertid ikke sitt grunnlag i forarbeidene. Der prosentlæren omtales vil derfor forarbeidene tillegges mindre betydning.

Rettspraksis er en sentral rettskildefaktor på dette området, både for vesentlighetsvurderingen generelt og for prosentlæren. Vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum beror på et bredt skjønn, hvor verken lovteksten eller forarbeidene gir klare retningslinjer for skjønnnet. Bestemmelsens innhold har derfor måttet utvikles gjennom rettspraksis. Det er også gjennom rettspraksis at prosentlæren har vokst frem. Det finnes i dag fire høyesterettsdommer om avhl. § 3-9 annet punktum²¹, hvorav tre omtaler prosentlæren. Den siste av disse avgjørelsene, Rt. 2010 s. 103, er den mest sentrale på prosentlærens område i dag. Avgjørelsene fra Høyesterett har i utgangspunktet stor

¹⁶ Syrstad (2005) s. 88 med videre henvisninger.

¹⁷ Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27.

¹⁸ Ot. prp. nr. 66 (1990-91) s. 19.

¹⁹ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 38 og s. 92.

²⁰ Ot.prp.nr.80 (1986-87).

²¹ Rt. 2002 s. 1425, Rt. 2007 s. 1587, Rt. 2008 s. 963 og Rt. 2010 s. 103.

rettskildemessig betydning.²² Høyesterettspraksis fra tiden før avhendingsloven kan også være en relevant rettskilde, men vil ikke omtales i denne oppgaven, ettersom prosentlæren først kom til etter lovens ikrafttredelse.

Avgjørelser fra lagmannsretten, og særlig tingretten, har i utgangspunktet langt mindre rettskildemessig verdi.²³ Likevel vil det flere steder i oppgaven henvises til lagmannsrettsdommer, og enkelte steder også til tingrettsdommer. Det er flere årsaker til dette. For det første er avhendingsretten, herunder avhl. § 3-9, et område med et betydelig antall avgjørelser fra underinstansene. Få av disse avgjørelsene når frem til Høyesterett. Det sparsomme materialet fra Høyesterett kan derfor tilsi at underrettspraksis, og særlig lagmannsrettspraksis, bør kunne tillegges større relativ vekt enn normalt. For det andre reiser prosentlæren en rekke problemstillinger som Høyesterett ikke har tatt stilling til, men som kan være berørt i underrettspraksis. Og flere av disse problemstillingene er nettopp tema for denne oppgaven. For det tredje har flere av avgjørelsene blitt påberopt i juridisk litteratur.

På den annen side er det viktig å ta forbehold om at gjennomgangen av rettspraksis ikke har vært uttømmende. Antallet avgjørelser fra underinstansene er svært høyt, og materialet uoversiktlig, slik at en fullstendig gjennomgang ikke har vært mulig innenfor de tidsrammer som er satt. Til dette kommer at det ofte er tilfeldig hvilke avgjørelser som blir publisert, og som blir tilgjengelig for allmennheten, særlig blant tingrettsdommene.²⁴ På denne bakgrunn er det viktig å understreke at en henvisning til en avgjørelse fra tingretten eller lagmannsretten ikke nødvendigvis gir uttrykk for en *tendens* i underrettspraksis. Dommene fungerer snarere som enkeltstående eksempler til støtte for et syn eller til illustrasjon for en problemstilling, på områder hvor rettskildebildet for øvrig ikke gir svar.

I forlengelsen av dette vil det i enkelte punkter også vises til uttalelser fra Forsikringsklagenemnda (FKN Eierskifte), tidligere Forsikringsskadenemnda (FSN).

²² Eckhoff (2001) s. 159.

²³ Eckhoff (2001) s. 159 og s. 162.

²⁴ Tilsvarende Eckhoff (2001) s. 162.

Forsikringsklagenemnda avgir uttalelser vedrørende forståelsen av forsikringsvilkår og lovgivning i forbindelse med konkrete saker. FKN Eierskifte behandler saker relatert til eierskifteforsikring. Nemndas uttalelser er rådgivende, men følges som hovedregel av selskapene. Nemndsuttalelsene kan overprøves av domstolene og uttalelsene er offentlige.²⁵ Forsikringsklagenemndas uttalelser har i utgangspunktet liten rettskildemessig verdi. Nemnda har imidlertid behandlet svært mange saker vedrørende avhl. § 3-9 og sitter med en særlig fagkunnskap på området som gjør at uttalelsene likevel kan være interessante på de områder der det ellers er lite rettskildemateriale. Heller ikke her er det slik at eksempler fra nemndsuttalelser nødvendigvis gir uttrykk for en tendens i nemndspraksis, gjennomgangen har ikke vært uttømmende. Uttalelsene kan likevel være interessante som enkeltstående eksempler på problemstillinger, resonnementer og mulige løsninger.

Juridisk teori har også i utgangspunktet liten vekt som rettskildefaktor.²⁶ For utviklingen av prosentlæren har imidlertid teorien spilt en viktig rolle. For det første har teorien bidratt ved å analysere og sammenfatte rettspraksis, og ved å antyde tendenser og prosentterskler. Dette har trolig vært viktig for etableringen av prosentlæren. For det andre bidrar teorien til videre utvikling ved å fokusere på nye spørsmål en prosentlære reiser, og som ikke har blitt problematisert i rettspraksis. En viktig del av denne oppgaven vil være disse nye problemstillingene prosentlæren reiser og juridisk teori vil derfor utgjøre en viktig rettskilde.

Til sist vil også reelle hensyn være en relevant rettskildefaktor i oppgaven. Dette gjelder særlig i de deler av oppgaven hvor det er få rettskilder og hvor tema for drøftelsene er hvordan prosentlæren *bør* praktiseres.

²⁵ Informasjon fra Forsikringsklagenemndas hjemmesider.

²⁶ Eckhoff (2001) s. 270.

1.6 Den videre fremstillingen

I det følgende vil jeg innledningsvis, i del 2, gi en kort fremstilling av avhendingsloven § 3-9 annet punktum og se nærmere på den vesentlighetsvurdering bestemmelsen gir anvisning på. I oppgavens del 3 vil jeg redegjøre for prosentlæren, dens bakgrunn og innhold. I denne delen vil jeg også gjennomgå høyesterettspraksis omkring prosentlæren, herunder Rt. 2010 s. 103. Videre vil jeg i del 4 foreta en vurdering av prosentlæren, med særlig fokus på den kritikk som har blitt rettet mot læren i juridisk teori. I oppgavens siste to deler vil jeg, under forutsetning av at prosentlæren aksepteres, se nærmere på hvordan prosentlæren bør praktiseres. I del 5, som vil være en sentral del av oppgaven, vil jeg drøfte hvordan prosentsatsen bør beregnes, det vil si hvordan henholdsvis kjøpesummen og utbedringskostnadene bør fastsettes. I del 6 vil jeg se nærmere på prosentsatsens betydning for helhetsvurderingen i § 3-9 annet punktum.

2 Avhendingsloven § 3-9 annet punktum

2.1 Generelt

Et ”som den er”-forbehold kan formuleres på flere måter. Eiendommen kan selges ”som besikttet”, ”uten ansvar for skjulte feil og mangler”, ”i foreliggende stand”, ”as is” og så videre. Avhl. § 3-9 får anvendelse i samtlige tilfeller. Forutsetningen er at det dreier seg om et *generelt* forbehold.²⁷ Formuleringen ”eiendommen er besikttet” har voldt noe tvil i praksis fordi den kan tolkes som en henvisning til kjøpers undersøkelsesplikt i avhl. § 3-10. Utgangspunktet må likevel være at også denne formuleringen reguleres av avhl. § 3-9 med mindre konkrete omstendigheter tilsier noe annet.²⁸ For at avhl. § 3-9 skal få anvendelse må forbeholdet også være inntatt i partenes avtale, og det er selger som har bevisbyrden for dette.²⁹ I dag er det imidlertid så vanlig at eldre eiendommer selges med et slikt forbehold at det skal lite til før forbeholdet anses vedtatt av partene.³⁰

Ordlyden i avhl. § 3-9 er i utgangspunktet ikke i veien for at det inntas et ”som den er”-forbehold ved salg av *nye* boliger. Det er ikke dermed sagt at forbeholdet vil tillegges betydning. Flere synes å mene at forbeholdet må tolkes innskrenkende ved salg av nye boliger og fritidsboliger.³¹ I alle tilfelle skal det trolig lite til før et avvik ved en ny bolig anses vesentlig etter avhl. § 3-9 annet punktum. Avvisningsrettsdommen (Rt. 2007 s. 1587) illustrerer nettopp dette.

Formelt sett er passusen ”som den er” en faktisk beskrivelse av eiendommen som innebærer at eiendommen alltid vil være kontraktmessig - den vil alltid være som den er.³²

²⁷ Anderssen (2008) s. 176, Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92.

²⁸ Bergsåker (2003) s. 180, Anderssen (2008) s. 177.

²⁹ Anderssen (2008) s. 178 med videre henvisninger.

³⁰ Anderssen (2008) s. 178 med videre henvisninger.

³¹ Syrstad (2005) s. 89, tilsvarende Bergsåker(2003) s. 186.

³² Tilsvarende Anderssen (2008) s. 176 med videre henvisninger.

Kjøper overtar dermed risikoen for alle skjulte feil og mangler ved eiendommen. En ulempe ved slike forbehold er at kjøper ikke får noen klar oppfordring til å se etter konkrete mangler, og risikoen kjøper overtar er ofte så diffus at den ikke blir tilstrekkelig overveid på forhånd.³³ Det er imidlertid ikke illojalt å innta slike forbehold i kontrakten, og avhl. § 3-9 bidrar til å begrense forbeholdets rekkevidde. Krüger beskriver bestemmelsen slik: ”Man kan beskrive regelen som en særregel om bristende forutsetninger med gjennomslagskraft selv i kjøp der kjøperen i utgangspunktet har risikoen for sine egne forventninger.”³⁴

Utgangspunktet er, som nevnt over, at et ”som den er”-forbehold gjelder alle skjulte feil og mangler ved eiendommen. At alle former for fysiske mangler ved eiendommen omfattes er klart. Et spørsmål som imidlertid har vært oppe til diskusjon er hvorvidt forskriftsmangler etter avhl. § 3-2(2) også omfattes av forbeholdet. I juridisk teori har flere tatt til orde for dette.³⁵ Det har blant annet blitt vist til at § 3-2(2) ikke er gjort ufravikelig i forbrukerkjøp, og at § 3-9 første punktum må anses uttømmende når det gjelder hvilke bestemmelser som slår igjennom i forhold til et generelt forbehold. Andre har anført at et ”som den er”-forbehold alene ikke kan være tilstrekkelig til å fravike § 3-2(2).³⁶ Underrettspraksis var lenge sprikende, inntil lagmannsretten prinsipielt tok standpunkt til spørsmålet i RG 2004 s. 72 (Borgarting). Retten kom til at ”som den er”-forbehold også omfatter mangler etter § 3-2(2). Forskriftsmangler skal derfor bedømmes på samme måte som andre feil ved eiendommen. I avgjørelsen Rt. 2005 s. 1281³⁷ sluttet Høyesterett seg til dette syn, og spørsmålet må derfor anses avklart.

Et tilsvarende spørsmål er om rettsmangler i form av vanhjemmel (§ 4-17) og offentligrettslige rådighetsinnskrenkninger (§ 4-18) er omfattet av et ”som den er”-forbehold. Ifølge forarbeidene vil et ”som den er”-forbehold også ha betydning for slike

³³ Hagstrøm (2003) s. 329.

³⁴ Krüger (1999) s. 241.

³⁵ Se bla. Anderssen (2002) s. 22-26 med videre henvisninger, Syrstad (2005) s. 95-96.

³⁶ Bla. Bergsåker (2003) s. 263-267 med videre henvisninger.

³⁷ Dommens avsnitt 48-53.

mangler.³⁸ Falkanger har gitt uttrykk for at slike forbehold bare må antas å gjelde fysiske egenskaper ved eiendommen, ikke rettslige forhold.³⁹ I juridisk teori for øvrig har imidlertid forarbeidenes standpunkt blitt lagt til grunn.⁴⁰ Utgangspunktet må derfor være at forbehold etter § 3-9 også skal omfatte mangler etter §§ 4-17 og 4-18. I forlengelsen av dette må trolig også andre typer mangler, som ikke umiddelbart lar seg klassifisere som fysiske eller rettslige mangler, omfattes av forbeholdet, som for eksempel negative naboforhold.⁴¹

2.2 Vesentlighetsvurderingen

2.2.1 Vurderingstemaet

Vurderingstemaet etter avhl. § 3-9 annet punktum er om eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med. Dels må man ta stilling til hvilke krav en kjøper med rimelighet kan stille til eiendommen, og dels må man avgjøre hvorvidt avviket fra det forventede er så stort at det må anses som vesentlig. Selve vesentlighetsterskelen vil behandles i punkt 2.2.3.

Hva kjøper hadde grunn til å regne med beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering jf. blant annet Bukkebodommen (Rt. 2002 s. 1425 på s. 1429). Vurderingen er objektiv.⁴² Det er ikke avgjørende hva kjøper faktisk regnet med, men hva en gjennomsnittlig kjøper ville hatt grunn til å forvente ut fra de konkrete omstendigheter på avtaletidspunktet. Bestemmelsen forutsetter ikke noe klanderverdig forhold fra selgers side.⁴³ At bestemmelsen ikke forutsetter klanderverdighet utelukker imidlertid ikke at det er et relevant moment i helhetsvurderingen, jf. punkt 2.2.4.

³⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92.

³⁹ Falkanger (1997) s. 331. I den senere utgaven av boken (2005) er ikke temaet omtalt.

⁴⁰ Anderssen (2002) s. 27, Bergsåker (2003) s. 181-182, Anderssen (2008) s. 178, Syrstad (2005) s. 97.

⁴¹ Anderssen (2002) s. 27.

⁴² Anderssen (2002) s. 42.

⁴³ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92 jf. Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 62.

Vurderingen etter § 3-9 annet punktum tar utgangspunkt i eiendommen som helhet, ikke dens enkelte bestanddeler.⁴⁴ Eiendommens tomt inngår i helhetsvurderingen. Videre har feil ved eiendommens tilbehør ifølge forarbeidene betydning.⁴⁵ Også omstendigheter *utenfor* eiendommen kan være relevante, som for eksempel negative naboforhold.

Dersom det foreligger mer enn en feil ved eiendommen foretas en samlet vurdering.⁴⁶ Vesentlighetskravet kan være oppfylt selv om den enkelte feil alene ikke er tilstrekkelig. Det vil imidlertid ikke si at man alltid ubetinget kan summere flere små feil for å oppfylle vesentlighetskravet.⁴⁷ Dette vil bero på en nærmere konkret vurdering.

Som redegjort for ovenfor gjelder forbehold etter § 3-9 i utgangspunktet alle typer mangler - fysiske mangler, forskriftsmangler, vanhjemmel, rådighetsmangler og så videre. Ifølge Anderssen får også vesentlighetskriteriet anvendelse på alle disse forhold, og vesentlighetskriteriet skal i prinsippet forstås likt, uavhengig av hva slags forhold det er.⁴⁸ Utgangspunktet er altså at også andre mangler enn fysiske mangler ved eiendommen inngår i vesentlighetsvurderingen. Ved rettsmangler etter § 4-17 vil det imidlertid ofte kunne konstateres opplysningssvikt etter §§ 3-7 og 3-8, slik at forholdet til vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet punktum sjelden kommer på spissen.⁴⁹

Hvilke mangler som for øvrig inngår i vesentlighetsvurderingen, herunder om mangler etter avhl. §§ 3-7 og 3-8 skal omfattes, vil behandles nærmere i forbindelse med prosentberegningen, i punkt 5.4.3. I dette punktet vil det også redegjøres nærmere for forholdet til reklamasjonsreglene.

⁴⁴ Anderssen (2002) s. 42-43.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92.

⁴⁶ Anderssen (2008) s. 182-183.

⁴⁷ Syrstad (2005) s. 97.

⁴⁸ Anderssen (2008) s. 179-180.

⁴⁹ Tilsvarende Syrstad (2005) s. 97.

2.2.2 Tidspunktet for vurderingen

Tidspunktet for mangelsvurderingen er ifølge avhl. § 3-1 annet ledd første punktum når risikoen går over på kjøper etter § 2-4 annet ledd, eventuelt etter avtalen mellom partene. Det følger av avhl. § 2-4 annet ledd at risikoen i utgangspunktet går over på kjøper ved bruksovertakelsen. Hovedregelen er altså at mangelsvurderingen, herunder vesentlighetsvurderingen, skal foretas på tidspunktet for overtakelse.

Det hender at en feil foreligger ved overtakelse, men først oppdages på et senere tidspunkt, en såkalt *skjult mangel*. For disse tilfellene følger det av avhl. § 3-1 annet ledd annet punktum at "[d]et kan vere ein mangel endå om ein feil fyrst viser seg seinare." Dette betyr ikke mer enn at det *kan* foreligge en mangel i avhendingslovens forstand dersom forholdet viser seg senere. Hvorvidt forholdet faktisk utgjør en rettslig mangel må selvsagt bero på en konkret vurdering.⁵⁰ Forutsetningen for at kjøper skal kunne påberope en skjult mangel etter § 3-1 annet ledd annet punktum er at den forelå allerede ved overtakelse.⁵¹ Videre setter selvsagt reklamasjonsreglene i § 4-19 grenser for i hvor lang tid etter overtakelse kjøper kan påberope skjulte mangler.⁵²

Dersom en skjult mangel på overtakelsestidspunktet senere utvikler seg til en større skade, blir selger ansvarlig for den endelige skaden slik den fremstår når kjøper oppdager eller burde ha oppdaget forholdet, og ikke mangelen slik den forelå på overtakelsestidspunktet.⁵³ Dette følger blant annet av Rt. 1998 s. 1510 (s. 1518) og av forarbeidene til avhendingsloven.⁵⁴

Hvilken betydning tidspunktet for mangelsvurderingen får for selve prosentlæren vil behandles i punkt 5.4.2 nedenfor. Der vil det redegjøres nærmere for tidfesting av utbedringskostnadene og skjulte manglers betydning for prosentberegningen.

⁵⁰ Bergsåker (2003) s. 192, Anderssen (2008) s. 98.

⁵¹ Anderssen (2008) s. 98 med videre henvisninger.

⁵² Bergsåker (2003) s. 193.

⁵³ Bergsåker (2003) s. 192-193.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 78.

2.2.3 Terskelen

Problemstillingen ved den alminnelige mangelsvurdering i avhl. § 3-1 er hvorvidt eiendommens stand avviker fra det som følger av avtalen. Dersom avtalen er taus tas det utgangspunkt i avviket fra alminnelig god vare, med hensyn til eiendommens alder, slitasje osv.⁵⁵ Den skjønnsmessige vurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum er i utgangspunktet den samme. Forskjellen er at det etter § 3-9 annet punktum ikke er tilstrekkelig å konstatere et avvik – avviket må i tillegg være *vesentlig*.

Ettersom avhl. § 3-9 annet punktum gir anvisning på en *konkret*, skjønnsmessig vurdering er det vanskelig å si mye generelt om hvor terskelen går. Noen utgangspunkter kan imidlertid oppstilles. Ifølge forarbeidene innebærer vesentlighetskravet at misforholdet mellom eiendommens stand og det kjøper kunne regne med må være ”utvilsomt”.⁵⁶ Syrstad viser til at det normalt må foreligge ”virkelig alvorlige feil”⁵⁷ mens Krüger kaller bestemmelsen for ”sikkerhetsnett-regelen”.⁵⁸ Det skal altså en del til før vilkåret er oppfylt.

Til sammenligning er ikke vesentlighetskravet i avhl. § 3-9 det samme som for heving etter avhl. §§ 4-3 og 4-13. Både vurderingstemaet og terskelen er ulik. Det følger blant annet av Rt. 2007 s. 1587 (avvisningsrettsdommen) avsnitt 53 at vesentlighetskriteriet for heving i avhl. § 4-13 er *strengere* enn i avhl. § 3-9. Kausalitetskravet i avhl. §§ 3-7 og 3-8 innebærer på den annen side en *lempeligere* terskel enn § 3-9.⁵⁹ Et forhold kan altså ha innvirket på avtalen etter §§ 3-7 og 3-8 uten å utgjøre et vesentlig avvik etter § 3-9.

⁵⁵ Anderssen (2008) s. 92-93.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92 jf. Ot. prp. nr. 80 (1986-87) s. 62.

⁵⁷ Syrstad (2005) s. 94.

⁵⁸ Krüger (1999) s. 244, referert i Rt. 2008-963 avsnitt 27 og Rt. 2010-103 avsnitt 42.

⁵⁹ Anderssen (2002) s. 40-41.

2.2.4 Momentene

De sentrale momentene i vesentlighetsvurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum er ifølge ordlyden ”kjøpesummen og tilhøva elles”. Henvisningen til ”tilhøva elles” omfatter i utgangspunktet enhver omstendighet rundt avtaleinngåelsen som kan belyse hva kjøper hadde grunn til å forvente om eiendommens stand. En utførlig fremstilling av hvilke momenter som tillegges vekt i praksis er gitt av Anderssen.⁶⁰ Kort oppsummert vil sentrale momenter for det første være forhold ved boligen, herunder boligens alder, hvorvidt eiendommen er bygget i samsvar med byggeskikk på oppføringstidspunktet, eiendommens beliggenhet, slitasje og vedlikehold. For det andre er opplysninger gitt forut for kjøpet av stor betydning. For det tredje, og til tross for at vurderingen i utgangspunktet er objektiv, har subjektive forhold fått betydning i rettspraksis, herunder partenes forutsetninger, kjennskap til boligen samt eventuell klanderverdighet. Som nevnt innledningsvis er det av plasshensyn ikke mulig å gå nærmere inn på de kvalitative momentene her, men man må ikke glemme at disse faktisk spiller en svært viktig, og ofte avgjørende, rolle i vesentlighetsvurderingen.

Avhl. § 3-9 annet punktum viser videre til at ”kjøpesummen” er et relevant moment. Hvilken pris ”kjøpesummen” bør forstås som drøftes nærmere i punkt 5.3.1 nedenfor. At kjøpesummen skal kunne indikere hva kjøper kan forvente av eiendommen bygger på en forutsetning om at varens kvalitet øker med prisen. Dette er normalt tilfellet ved kjøp av løseobjekter og andre masseproduserte varer, hvor kjøpesummen nettopp fungerer som en ”kvalitetsindikator”.⁶¹ For fast eiendom er det imidlertid flere faktorer enn kvalitet som påvirker kjøpesummen. Eiendommens beliggenhet vil som regel ha stor betydning, og høy kjøpesum kan skyldes konkurranse mellom flere budgivere.⁶² På denne bakgrunn kan man ikke ubetinget legge til grunn at høy kjøpesum ved kjøp av fast eiendom indikerer høy kvalitet. Uansett er det ikke nødvendigvis som kvalitetsindikator at kjøpesummen er

⁶⁰ Anderssen (2002) s. 42-79, Anderssen (2008) s. 189-201. Oppsummeringen av sentrale momenter i dette avsnittet er basert på hans fremstilling.

⁶¹ Anderssen (2008) s. 184.

⁶² Bergsåker (2003) s. 157-158, Anderssen (2008) s. 184.

viktigst i vesentlighetsvurderingen i dag. Enda viktigere er kjøpesummen trolig som utgangspunkt for prosentlæren, som vil presenteres i neste del.

3 Prosentlæren

3.1 Prosentlærens innhold og bakgrunn

Prosentlæren er, som allerede nevnt innledningsvis, navnet på en fremgangsmåte som har utviklet seg i rettspraksis de senere år, hvor man foretar en forholdsmessig sammenligning av kjøpesummen på den ene siden og utbedringskostnadene for de aktuelle feil og mangler på den andre. Utbedringskostnadenes prosentvise andel av kjøpesummen lar man så bli veiledende for om vesentlighetskravet i § 3-9 annet punktum er oppfylt. Lenge har det vært antatt at utbedringskostnader på 3-4 % av kjøpesummen er tilstrekkelig til at vesentlighetskravet *kan* være oppfylt.⁶³ Prosentsatser under denne terskelen er i utgangspunktet ikke tilstrekkelig, men det er heller ikke utelukket dersom særlige forhold tilsier det. Mens høy kjøpesum opprinnelig ble ansett som indikasjon på høy kvalitet jf. drøftelsen om dette i punkt 2.2.4 ovenfor innebærer prosentlæren det motsatte resonnement; jo høyere kjøpesummen er desto mindre prosentandel vil utbedringskostnadene utgjøre og desto mer skal til før forholdet utgjør en mangel.⁶⁴

Det er ingen holdepunkter for en prosentberegning i lovens ordlyd eller forarbeider. Bakgrunnen for fremgangsmåten synes å være uttalelser i RG 1996 s. 435 (Frostating). I denne saken utgjorde utbedringskostnadene 2,7% av kjøpesummen. Retten var i tvil, men kom til at dette ikke var å regne som en mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum. Prosentberegningen var ikke avgjørende for resultatet, andre momenter ble også tillagt vekt. Dette var likevel første gang man lot en slik forholdsmessig beregning få betydning for vesentlighetsvurderingen. Fremgangsmåten ble fulgt opp i senere avgjørelser, i første omgang i underrettspraksis. Noen år senere dukket prosentlæren opp i Høyesterett.

⁶³ Bergsåker (2003) s. 178, Anderssen (2010) s. 113.

⁶⁴ Bergsåker (2003) s. 173.

3.2 Praksis fra Høyesterett før 2010

Når det gjelder praksis fra Høyesterett innebar avgjørelsen i Rt. 2010 s. 103 som nevnt innledningsvis en avklaring på prosentlærens område. Avgjørelsen vil presenteres i punkt 3.3 nedenfor. Dette var imidlertid ikke første gang prosentlæren var oppe til behandling i Høyesterett.

Første gang prosentlæren så dagens lys i Høyesterett var i Rt. 2002 s. 1425, Bukkeboddommen. Bukkeboddommen var også den første høyesterettsavgjørelsen om avhl. § 3-9 annet punktum. Saken gjaldt en enebolig oppført i perioden 1987-1992, som ble solgt med et ”som den er”-forbehold i 1999. Både i verditaksten og salgsoppgaven var det opplyst om betydelige lekkasjer og fuktskader på ytterveggen i inngangspartiet (”vestveggen”) og vanninntrengningen var synlig. Man antok at dette skyldtes feil ved dreneringen. I verditaksten hadde takstmannen krysset av for at tilstandsrapport var nødvendig. I salgsoppgaven, samt under visning, ble kjøpere oppfordret til å besiktige eiendommen, gjerne sammen med sakkyndig. Kjøperen besiktiget imidlertid eiendommen uten sakkyndig bistand. Etter overtakelse viste det seg at årsaken til vanninntrengningen var en annen enn først antatt, noe som innebar større utbedringskostnader. Spørsmålet var om det forelå mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum.

Høyesterett viste til at de samlede utbedringskostnader for badegulvet (som var rettskraftig avgjort i lagmannsretten) og vestveggen representerte ca 11 % av kjøpesummen eller 14 % av taksten. Feilen ved vestveggen alene utgjorde ca 6 % av kjøpesummen eller 7 % av taksten. Høyesterett uttalte så: ”Rent kvantitativt kan dette utvilsomt være tilstrekkelig til at en feil anses som vesentlig. Men en slik kvantitativ betraktning har i seg selv liten betydning i vår sak; man må ut fra de konkrete forholdene se på hva kjøperne hadde grunn til å regne med om boligens tilstand.”⁶⁵ Retten viste deretter til at kjøperne måtte ha risikoen for at de ikke foretok nærmere undersøkelser når de var oppfordret til dette,

⁶⁵ Dommens side 1429.

eventuelt måtte de ha risikoen for at de ikke tok forbehold ved inngåelsen av avtalen. Det var ubestridt at nærmere undersøkelser ved hjelp av sakkyndige ville klarlagt årsaken til vanninntrengningen. Etter dette kom retten til at det ikke forelå mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum.

Selv om Høyesterett var innom prosentlæren i denne saken ble altså prosentsatsen tillagt ”liten betydning”. I ettertid har det også vært noe uenighet om hvilken prosentsats Høyesterett egentlig viste til da de sa at vesentlighetskravets kvantitative side var oppfylt, 6-7 % eller 11-14 %. Enkelte ser ut til å mene at det var 11-14 % Høyesterett viste til.⁶⁶ I Rt. 2010 s. 103 har imidlertid Høyesterett selv tolket avgjørelsen slik at det var 6-7 % som var tilstrekkelig.⁶⁷

Prosentlæren ble også berørt så vidt i Rt. 2007 s. 1587, avvisningsrettsdommen. Saken gjaldt en leilighet som var ferdigstilt i år 2000 og solgt med et ”som den er”-forbehold i 2003. Det var opplyst om tidligere lekkasjer ved salget, men disse var utbedret ved overtakelse. Etter overtakelse viste det seg imidlertid å oppstå nye lekkasjer. Spørsmålet var om dette var en mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum.

Høyesterett viste til at utbedringskostnadene på 200 000 kroner utgjorde ”et forholdsvis beskjedent beløp i forhold til kjøpesummen på 6 200 000 kroner.”⁶⁸ Den eksakte prosentsatsen nevnes ikke i rettens premisser, men det fremgår av partenes anførsler at denne var på 3,23 %. Høyesterett la imidlertid ikke særlig vekt på dette. Avgjørende var at det dreide seg om en nesten ny leilighet av høy standard, hvor det måtte være en klar og sentral forutsetning at taket var tett. Forholdet ble derfor ansett som en mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum.

Marthinussen har i en senere artikkel anført at Høyesterett i denne avgjørelsen skar ”...forbilledlig klar av prosentregningen som de øvrige domstolene gjerne har hatt en hang

⁶⁶ For eksempel Marthinussen (2010) s. 166, Martinussen (2007) s. 141.

⁶⁷ Rt. 2010 s. 103 avsnitt 48.

⁶⁸ Avsnitt 46 .

til å støtte seg til.”⁶⁹. Det er nok ikke helt riktig å si at Høyesterett skar klar av prosentlæren i denne saken, ettersom retten faktisk foretok en sammenligning av utbedringskostnadene og kjøpesummen. Det er imidlertid riktig at prosentlæren ble tillagt liten vekt i forhold til de øvrige momenter i saken.

3.3 Rt. 2010 s. 103

3.3.1 Sakens bakgrunn

Avgjørelsen i Rt. 2010 s. 103 gjaldt en eldre bolig, oppført i 1976 og solgt med et ”som den er”-forbehold i 2003. Under oppussingsarbeider to år etter overtakelse oppdaget kjøperne flere forhold som ble vurdert som mangler. Utbedringskostnadene, slik saken stod for Høyesterett, utgjorde 3,36 % av kjøpesummen. Spørsmålet var om disse forhold utgjorde mangler etter avhl. § 3-9 annet punktum.⁷⁰

3.3.2 Høyesteretts drøftelse og konklusjon

Høyesterett kom enstemmig til at vesentlighetskravet i avhl. § 3-9 annet punktum ikke var oppfylt. Førstvoterende uttalte innledningsvis, under henvisning til blant annet Bukkeboddommen og avvisningsrettdommen, at mangelsspørsmålet etter avhl. § 3-9 må avgjøres etter en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det ble også vist til avhendingslovens forarbeider, hvor det fremgår at misforholdet mellom eiendommens stand og hva kjøperen hadde grunn til å regne med må være ”utvilsomt”.⁷¹

Høyesterett uttalte at vesentlighetsvurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum består av et kvantitativt element, ”kjøpesummen”, og et kvalitativt element, ”tilhøva elles”. Ved vurderingen av vesentlighetskravets kvantitative side kan forholdet mellom kjøpesummen

⁶⁹ Marthinussen (2010) s. 165.

⁷⁰ Et sentralt punkt i saken var også om det var reklamert i tide, men den drøftelsen vil ikke omtales her.

⁷¹ Dommens avsnitt 41.

og utbedringskostnadene gi ”en viss veiledning”⁷². Høyesterett gikk deretter kort gjennom Bukkeboddommen og avvísningsrettdommen og uttalte:

”I de to avgjørelsene jeg nettopp har nevnt, spenner de utbedringskostnadene som Høyesterett har uttalt kan være tilstrekkelige, fra om lag tre prosent til om lag seks prosent av kjøpesummen; alt avhengig av boligens karakter og standard. Etter mitt syn innebærer vesentlighetskravet at utbedringskostnadene - som et utgangspunkt - må ligge i den øvre delen av dette spennet.”⁷³

Høyesterett understreket at prosentberegningen ikke er mer enn ”et utgangspunkt for en helhetsvurdering” der også andre kvalitative momenter kan ha betydning for vesentlighetsspørsmålet, som for eksempel salgssituasjonen, feilens art og betydning og så videre.⁷⁴ I lys av slike forhold behøver altså ikke vesentlighetskravet være oppfylt selv om prosentsatsen skulle overskride en veiledende terskel. Motsatt kan vesentlighetskravet være oppfylt selv om prosentsatsen er under terskelen. Men Høyesterett understreket riktignok at det i sistnevnte tilfelle skal ”mye til”.⁷⁵ Etter dette gikk Høyesterett over til å vurdere de konkrete, kvalitative momentene i saken. Ut fra den lave prosentsatsen og de øvrige konkrete forhold kom Høyesterett til at vesentlighetskravet i avhl. § 3-9 annet punktum ikke var oppfylt.

3.3.3 Avgjørelsens betydning

Som nevnt i punkt 3.1 har prosentlæren lenge vært et viktig utgangspunkt for vesentlighetsvurderingen i underrettspraksis. Læren har imidlertid møtt mye motstand i juridisk teori.⁷⁶ Det er derfor av stor betydning at Høyesterett nå ga prosentlæren sin endelige tilkjenning. Av enda større betydning er det kanskje at Høyesterett i denne avgjørelsen ser ut til å oppstille en retningsgivende norm for hvor høy prosentsatsen må være for at vesentlighetskravets kvantitative side skal være oppfylt. I lengre tid har det vært

⁷² Dommens avsnitt 43.

⁷³ Dommens avsnitt 49.

⁷⁴ Dommens avsnitt 51.

⁷⁵ Dommens avsnitt 51.

⁷⁶ Nærmere om dette i punkt 4.

antatt at vesentlighetsterskelen ligger på 3-4 %.⁷⁷ Etter avgjørelsen i Rt. 2010 s. 103 må terskelen antas å ligge på rundt 5 %.⁷⁸ Utover dette vil trolig også Høyesteretts uttalelse om at det skal ”mye til” før vesentlighetskravet er oppfylt der prosentsatsen er under terskelen få betydning i praksis fremover. Prosentlærens betydning for vesentlighetsvurderingen etter denne avgjørelsen vil drøftes nærmere i punkt 6.

⁷⁷ Bergsåker (2003) s. 178, Anderssen (2010) s. 113.

⁷⁸ Tilsvarende Anderssen (2010) s. 113.

4 Prosentlæren – en vurdering

4.1 Innledning

Etter at Høyesterett i Rt. 2010 s. 103 ga prosentlæren sin endelige tilslutning er det ikke lenger tvil om at prosentlæren utgjør et relevant moment i vesentlighetsvurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum. Av denne grunn kan det være interessant å se nærmere på fordeler og ulemper ved en slik prosentberegning. Siden prosentlæren første gang ble anført har læren møtt til dels stor motstand i juridisk teori. Også etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 103 har prosentlæren vært gjenstand for kritikk. Vurderingen av prosentlæren i denne del vil i stor grad ta utgangspunkt i den kritikk som har vært rettet mot prosentlæren. Derfor vil også fremstillingen i hovedsak fokusere på prosentlærens negative sider. Man må likevel ikke tape av syne at prosentlæren nå har blitt akseptert av Høyesterett og trolig har kommet for å bli. Samtidig kan det sies at det nettopp av denne grunn er viktig å være bevisst de ulemper som kan følge med.

4.2 Skjønnsmessige vurderinger – rom for matematikk?

Flere forfattere har hatt innvendinger mot det å la en matematisk beregning få betydning i en vurdering som i utgangspunktet skal være skjønnsmessig. Utgangspunktet for kritikken er at ordlyden i avhl. § 3-9 annet punktum gir anvisning på en konkret helhetsvurdering. Det er den konkrete eiendommen og de konkrete omstendigheter rundt kjøpet som skal være avgjørende. En prosentberegning som baserer seg på generelle prinsipper tar ikke nødvendigvis høyde for dette. Lilleholt har blant annet uttalt på generelt grunnlag at der lovgiver åpner for et konkret dommerskjønn skal verken Høyesterett eller andre forsøke å lage en regel av skjønnet.⁷⁹ Han skriver videre:

⁷⁹ Lilleholt (2002) s. 74-75.

”Hadde lovgjevaren ønskt ein prosentsats, ville satsen ha stått i lova. Og har lovgjevaren sagt at som han er-klausulen i eigedomskjøp må vike dersom eigedommen er i ’vesentleg ringare stand’ enn kjøparen kunne rekne med (avhendingslova § 3-9), skal det utøvast skjøn, ikkje matematikk.”⁸⁰

Før prosentlæren hadde funnet veien til Høyesterett uttalte også Anderssen at synspunktet om en fast prosentgrense var så i strid med alminnelige juridiske prinsipper at han ikke så grunn til å opprettholde den.⁸¹

I forlengelsen av denne kritikken har blant annet Vodal pekt på at en prosentangivelse av manglenes omfang etter avhl. § 3-9 annet punktum ikke ser ut til å samsvare med hvordan domstolene praktiserer andre skjønsmessige vurderinger av samme art.⁸² Som eksempel viser han til reklamasjonsreglene. Det finnes ingen faste normer for når en reklamasjon er gitt ”innen rimelig tid”, selv om dette etter hans mening burde være bedre egnet for faste regler enn vesentlighetskravet i avhl. § 3-9. Anderssen er inne på det samme.⁸³

På den annen side er prosentberegninger heller ikke et helt ukjent innslag i domstolenes praktisering av andre skjønnsvurderinger. Som eksempel kan det vises til hevingsbestemmelsen i avhl. § 4-13, hvor grunnvilkåret er at mangelen innebærer et vesentlig kontraktsbrudd. Hvorvidt en mangel er vesentlig beror i utgangspunktet på en sammensatt helhetsvurdering.⁸⁴ Lagmannsrettspraksis viser imidlertid at utbedringskostnadenes prosentvise forhold til kjøpesummen kan være et hjelpemiddel i hevingsvurderingen, og at prosentsatsen normalt må ligge på 15-20 % før heving kommer på tale.⁸⁵ I Rt. 2010 s. 710 understreket Høyesterett at en slik prosentlære ikke kan tillegges avgjørende betydning for hevingsspørsmålet, men at prosentberegningen likevel vil kunne tjene som hjelpemiddel ved vurderingen av mangelens betydning.⁸⁶ Dette viser at avhl. § 3-

⁸⁰ Lilleholt (2002) s. 74-75.

⁸¹ Anderssen (2002) s. 70. Synspunktet ser imidlertid ikke ut til å opprettholdes i Anderssen (2008) og Anderssen (2010).

⁸² Vodal (1999) s. 28.

⁸³ Anderssen (2002) s. 67.

⁸⁴ Anderssen (2008) s. 294 med videre henvisninger.

⁸⁵ Anderssen (2008) s. 295 med videre henvisninger.

⁸⁶ Rt. 2010 s. 710, avsnitt 45.

9 annet punktum ikke er det eneste tilfellet hvor matematiske beregninger utgjør en del av skjønnsvurderingen.

4.3 Kjøpesummen – et riktig utgangspunkt?

Et særlig ankepunkt ved prosentlæren har vært kjøpesummens rolle i vurderingen.⁸⁷ Etter mønster fra kjøpsloven forutsetter henvisningen til ”kjøpesummen” i avhl. § 3-9 i utgangspunktet at høy kjøpesum indikerer høy kvalitet. Prosentlæren baserer seg som nevnt i punkt 3.1 på det motsatte resonnement. Jo høyere kjøpesummen er, desto lavere prosentandel vil utbedringskostnadene utgjøre og desto mer skal til før forholdet utgjør en mangel. Det kan diskuteres hvorvidt dette er riktig. Antagelig er ikke forutsetningen om forholdet mellom kjøpesum og kvalitet like treffende for boliger som for løsøre, fordi høy kjøpesum ved boligkjøp kan skyldes flere forhold enn kvalitet. Det er ikke dermed sagt at en kjøper skal måtte tåle flere feil og mangler jo høyere kjøpesummen er. Det kan også spørres om det er grunn til å fravike det som er ordningen etter kjøpsloven, og som åpenbart også var tanken bak ordlyden i avhl. § 3-9.

Et annet problem med prosentberegningen er at kjøpesummen i stor grad påvirkes av boligens beliggenhet, og det er ikke gitt at dette skal være avgjørende for hvorvidt det foreligger en mangel.⁸⁸ Med beliggenhet menes både hvor i landet boligen befinner seg (hvorvidt det er et populært område eller ikke) og hvor innenfor det aktuelle området eiendommen er plassert (hvorvidt eiendommen har utsikt, ligger nær trafikkert vei el.). En ren prosentberegning vil ikke ta høyde for den betydning beliggenheten har for kjøpesummen. Et konkret eksempel kan illustrere poenget;⁸⁹ Vi står overfor salg av to helt like hus, oppført på samme tidspunkt. Det ene huset ligger pent til i et populært område i Oslo og selges for 5 millioner kr. Det andre befinner seg i en fraflyttingstruet bygd, har en noe dårligere beliggenhet og selges for 1 million kr. Etter salgene oppdager man lekkasje i taket på grunn av konstruksjonsfeil, en feil som vil koste kr 100 000 å utbedre. For huset i

⁸⁷ Se også Anderssen (2002) s. 67, Bergsåker (2010) s. 17.

⁸⁸ Bergsåker (2010) s. 17.

⁸⁹ Basert på Vodal (1999) s. 29 og Anderssen (2002) s. 68.

Oslo vil utbedringskostnadene utgjøre 2 % av kjøpesummen, mens de for det andre huset vil utgjøre 10 % av kjøpesummen. Forskjellen mellom proSENTsatsene er stor, og likevel er det opplagt at de to tilfellene bør behandles likt.

På denne bakgrunn kan det virke som at kjøpesummen ikke nødvendigvis er det best egnede utgangspunkt for å beløpsfeste manglene. Dersom høy kjøpesum skyldes høy kvalitet vil proSENTsatsen kunne gi uriktige resultater, og hvis høy kjøpesum skyldes eiendommens beliggenhet bør ikke dette nødvendigvis være avgjørende for mangelsvurderingen. All den tid prosentlæren kun er et veiledende moment kan man selvsagt ta hensyn til slike forhold i den videre helhetsvurderingen og dermed unngå uriktige resultater. Det er likevel uheldig at proSENTsatsen har en slik feilmargin.

4.4 ProSENTlærens betydning for domstolene

Det er selvsagt en fordel om den store mengden tvister som oppstår etter boligkjøp kan løses ut fra enkle, håndfaste kriterier.⁹⁰ Som Høyesterett understreker er ikke prosentlæren mer enn et utgangspunkt for vurderingen, men kanskje er det et *nyttig* utgangspunkt. Antallet tvister etter boligkjøp er som nevnt innledningsvis svært høyt, og ingen saker er helt like. Ved hver nye tvist står man overfor nye varianter av fuktskader, konstruksjonsfeil og så videre. En prosentberegning kan i lys av dette være svært praktisk for den som skal ta stilling til vesentlighetskravet. ProSENTsatsen er enkel å beregne og kan raskt gi en indikasjon på hvordan saken ligger an. Samtidig er ikke proSENTsatsen avgjørende, slik at det alltid vil være åpent for et konkret skjønn. På den måten unngår man også urimelige resultater. At prosentlæren er praktisk og anvendelig er nok også noe av årsaken til at det har blitt en utbredt teknikk i underrettspraksis.

På den annen side er det også en fare for at en slik enkel beregning kan virke *for* forlokkende for den som skal avgjøre spørsmålet, nettopp fordi det er enklere å forholde seg til klare tall enn vage skjønnskriterier. Man kan risikere at de øvrige momentene

⁹⁰ Anderssen (2002) s. 65.

kommer i skyggen av prosentsatsen, til tross for Høyesteretts uttalelser om at terskelen ikke er mer enn et veiledende utgangspunkt for vurderingen. Marthinussen er inne på dette når han skriver at det er "...grunn til å frykte at norske domstoler begjærlig griper etter denne prosentangivelsen for å avgjøre 'normaltilfellene' av fuktskader eller andre problemer som oppdages ved oppussing av bad, kjøkken eller kjellerrom."⁹¹ En fare ved dette er ifølge Anderssen at viktige hensyn kan bli oversett. Han viser til at prosentsatsen ikke ivaretar særegenhetene ved det enkelte boligkjøp, og at ensidig fokus på prosentsatsen derfor vil være svært unyansert.⁹²

Et noe annet spørsmål i tilknytning til domstolene er om prosentlæren kan påvirke antallet tvister som i det hele tatt finner veien til domstolene. Det er trolig vanskelig å gi et klart svar på dette. I en kritisk artikkel ser Marthinussen ut til å mene at Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2010 s. 103 vil bidra til en ytterligere *heving* av konfliktnivået i forbindelse med boligkjøp. Han viser til at man nå med en noe rundhåndet beregning av utbedringskostnadene lett kan nå opp mot terskelen på 5-6 %, som ifølge Høyesterett kan være tilstrekkelig.⁹³ Ut fra et slikt syn kan det kanskje anføres at prosentlæren, med Høyesteretts angivelse av terskelen, er egnet til å *øke* antallet tvister for domstolene. På den annen side uttalte Høyesterett i Rt. 2010 s. 103 at det ved prosentsatser under terskelen i utgangspunktet skal "mye til" for at forholdet utgjør mangel etter § 3-9 annet punktum. Dette kan på sin side medføre at mange kjøpere med lavere prosentsatser ikke lenger ønsker å ta den risikoen det er å gå til sak. Tvister om mer bagatellmessige mangler siles vekk. Ut fra et slikt synspunkt kan kanskje prosentlæren, med en mer eller mindre fast terskel, *senke* antallet tvister. Når Anderssen skriver at underrettene med sin romslige terskel på 3-4% har bidratt til et "økt tvistenivå mellom boligkjøpere og -selgere..."⁹⁴ forutsetter han antakelig at prosentlæren nettopp kan ha en slik virkning.

⁹¹ Marthinussen (2010) s. 167.

⁹² Anderssen (2002) s. 68 (Anderssen ser ikke ut til å være like kritisk senere, i Anderssen (2008) og Anderssen (2010)).

⁹³ Marthinussen (2010) s. 168.

⁹⁴ Anderssen (2010) s. 114.

4.5 Prosentlærens betydning for kjøper og selger

En annen praktisk side ved prosentlæren er dens eventuelle betydning for kjøpers og selgers egen vurdering av saken *før* den når domstolene. Dette har nær sammenheng med avsnittet over. Som nevnt ovenfor er det vanskelig å si om antallet tvister for domstolene totalt sett vil senkes eller økes som følge av prosentlæren. Men det er uansett grunn til å tro at prosentlæren, med en fastsatt terskel, vil påvirke kjøper og selgers vurdering av om saken skal fremmes for domstolene. Spørsmålet her er om dette er en fordel.

Som for domstolene (jf. ovenfor) er det selvsagt en fordel for både kjøper og selger at man ved en enkel, matematisk beregning kan vurdere hvor saken står. Vesentlighetsvurderingen beror på et bredt skjønn og det er ofte vanskelig for partene å vite på forhånd hvorvidt de kan nå frem med sin sak eller ikke. I så måte er prosentlæren en enkel, håndterlig lakmustest. Faren er imidlertid at kjøper eller selger legger for stor vekt på prosentsatsen av mangel på andre konkrete holdepunkter. Man risikerer for eksempel at kjøpere med et i utgangspunktet berettiget krav unnlater å gå til sak på grunn av en lav prosentsats, eller at selgere med en god sak umiddelbart gir etter for kjøpers krav på grunn av høy prosentsats.⁹⁵ I begge disse tilfellene hadde det trolig vært en fordel om saken kom opp for domstolene.

4.6 Oppsummering

Selv om prosentlæren har vært gjenstand for mye kritikk kan den ha en viktig praktisk funksjon i vurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum. Prosentlæren er en nyttig tommelfingerregel. Problemet er imidlertid at prosentlæren i all sin enkelthet kan være for forlokkende, både for den som skal avgjøre saken (typisk en dommer) og partene selv. Man kan risikere at prosentsatsen tillegges for stor vekt. Dette er et problem all den tid prosentsatsen ikke nødvendigvis gir et riktig bilde av den faktiske situasjon. Til dette kommer at en matematisk beregning aldri vil kunne erstatte en skjønnsmessig helhetsvurdering. Derfor er det viktig at prosentlæren anvendes *med forsiktighet*.

⁹⁵ Tilsvarende Vodal (1999) s. 28-29.

5 Prosentberegningen

5.1 Innledning

I det følgende forutsettes det at man aksepterer prosentlæren som et moment i den helhetsvurdering avhl. § 3-9 annet punktum gir anvisning på. Når man først aksepterer prosentlæren er det neste spørsmålet som oppstår hvordan prosentsatsen bør regnes ut. Dette er temaet for denne delen.

I rettspraksis har selve beregningen av prosentsatsen i liten grad blitt problematisert. Som regel legges kjøpesum og utbedringskostnader til grunn uten nærmere drøftelse. Dels skyldes nok dette at den nærmere beregningen ikke har vært prosedert av partene. Dermed har heller ikke domstolen hatt foranledning til å drøfte det.⁹⁶ Dette kan igjen skyldes at en prosentberegning uten retningslinjer er enklere å praktisere.

Ettersom prosentberegningen ikke problematiseres særlig i rettspraksis vil den videre drøftelsen i større grad måtte basere seg på uttalelser i juridisk teori og reelle hensyn. At prosentberegningen ikke ser ut til å problematiseres i rettspraksis innebærer også at flere drøftelser i denne delen vil dreie seg om hvordan prosentberegningen *bør* være, altså de lege ferenda.

Før prosentberegningen behandles i punkt 5.3 følgende vil jeg i punkt 5.2 se nærmere på *hvorfor* det er grunn til å drøfte beregningen av prosentsatsen.

⁹⁶ Tilsvarende Anderssen (2002) s. 70, i forbindelse med tidspunkt for fastsettelse av utbedringskostnadene.

5.2 Hvorfor drøfte beregningen av prosentsatsen

Ettersom selve prosentberegningen i liten grad har vært problematisert i rettspraksis er det naturlig å reise spørsmålet hvorfor det er grunn til å drøfte dette.

Ved å se nærmere på prosentberegningen, og drøfte ulike fremgangsmåter, kan man komme frem til retningslinjer for beregningen som kan legges til grunn i den videre anvendelsen av prosentlæren. Et av formålene med å oppstille slike retningslinjer er å gjøre beregningen mer nyansert. Tanken er at man med en mer nyansert prosentberegning kan oppnå en prosentsats som i større grad er representativ for den faktiske situasjon. Som det fremgikk i punkt 4 ovenfor er nettopp et av problemene med prosentsatsen at den ikke nødvendigvis gir et riktig bilde av de aktuelle manglene. Helt riktig vil selvsagt aldri prosentsatsen bli. Mangler lar seg ikke tallfeste eksakt. Likevel er det grunn til å tro at man ved å være mer bevisst på hvilke beløp som legges til grunn kan få en riktigere prosentsats, som gir bedre veiledning i vesentlighetsvurderingen. Med en mer nyansert beregning kan man kanskje også imøtegå noe av den kritikk som har blitt rettet mot prosentlæren jf. punkt 4 ovenfor, og prosentlæren kan få større legitimitet.

For å gjøre prosentlæren mer nyansert kunne en *alternativ* tilnærming selvsagt være å la prosentberegningen forbli som den er, og i stedet la prosentterskelen variere ut fra de konkrete forhold ved eiendommen. For eksempel kunne vesentlighetsterskelen økes i takt med eiendommens alder.⁹⁷ Denne tilnærming vil imidlertid ikke forfølges her. I Rt. 2010 s. 103 slo Høyesterett relativt klart fast at vesentlighetsterskelen er på ca 5 %. Denne terskelen vil trolig legges til grunn i praksis fremover. Det fremstår da mest hensiktsmessig at eventuelle tilpasninger foretas i selve prosentberegningen. En varierende terskel ser heller ikke ut til å ha fått støtte i rettspraksis.⁹⁸

I tillegg til å gi en riktigere prosentsats kan nærmere retningslinjer for prosentberegningen bidra til at partene i en konkret tvist tar utgangspunkt i *samme* beregning. Jo viktigere

⁹⁷ Se Anderssen (2002) s. 73 og Anderssen (2008) s. 189 med videre henvisninger.

⁹⁸ Anderssen (2008) s. 189.

prosentlæren blir i vesentlighetsvurderingen, desto viktigere blir det å komme til enighet om hvilke beløp som skal legges til grunn. Kanskje kan også nærmere retningslinjer bidra til å forhindre at partene tilpasser beregningen til det resultat de ønsker å oppnå, i den grad det blir en tendens. Sistnevnte argument må imidlertid ikke trekkes for langt. For selv med nærmere retningslinjer for beregningen vil det alltid være valgmuligheter som muliggjør tilpasning.

Selv om en mer nyansert beregning kan gi en riktigere presentsats må heller ikke effekten overdrives, for det er aldri mulig å tallfeste manglene eksakt. En fare ved en mer nyansert beregning er at den også fremstår som mer pålitelig og riktig enn det som kanskje er tilfelle. Dette kan igjen føre til at prosentlæren tillegges større vekt enn det er grunn til – og det kan være uheldig.

Et ytterligere motargument er at nærmere retningslinjer for prosentberegningen kan gjøre prosentlæren mindre anvendelig i praksis. En av fordelene med prosentlæren slik den er i dag er nettopp at den er enkel å praktisere og at den raskt kan gi en indikasjon på hvor vesentlighetsvurderingen står. Så lenge prosentlæren kun er et utgangspunkt i vurderingen og ikke et avgjørende moment er det trolig en grense for hvor langt man bør gå i å nyansere beregningen.

På den annen side er Høyesteretts aksept av prosentlæren i Rt. 2010 s. 103 et viktig argument for å drøfte hvilke retningslinjer som bør legges til grunn ved prosentberegningen. Prosentlæren har allerede eksistert som moment i underrettspraksis over lang tid og er ingen nyskapning i så måte. Men det har vært noe uenighet om hvor terskelen har skullet ligge, og prosentlæren har møtt til dels stor motstand blant juridiske forfattere.⁹⁹ At Høyesterett nå har gitt prosentlæren sin tilkjenning (samt fastsatt terskelen) kan derfor gjøre at vi vil se prosentlæren anført langt hyppigere. Kanskje vil også prosentlæren tillegges større vekt. Uansett, jo viktigere prosentlæren blir i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9, jo viktigere er det å ta nærmere stilling til

⁹⁹ Bla. Vodal (1999), Lilleholt (1999), Anderssen (2002), Marthinussen (2010).

beregningen. Målet er at prosentsatsen skal gi bedre veiledning i vurderingen. Som Anderssen understreker; "...prosentlæren tillegges ... i praksis ofte betydelig vekt ved vesentlighetsvurderingen. Den må da foretas prinsipielt riktig."¹⁰⁰

Det er også viktig å minne om at ikke bare har prosentlæren blitt en viktig del av helhetsvurderingen § 3-9 annet punktum gir anvisning på. Bestemmelsen i seg selv har også blitt en av de praktisk viktigste på avhendingslovens område, ettersom så godt som alle brukte boliger i dag selges "som den er" eller med lignende forbehold.¹⁰¹ Til dette kommer at antallet tvister etter boligkjøp er svært høyt. Bestemmelsens store betydning i det praktiske liv, enten det er for enkeltpersoner, forsikringsselskapene eller domstolene, gjør det særlig interessant å diskutere prosentberegningen nærmere.

5.3 Beregning av kjøpesummen

5.3.1 Hvilken pris skal legges til grunn?

I beregningen av prosentsatsen spiller kjøpesummen en sentral rolle. Det er derfor naturlig å ta stilling til hvilken sum som bør legges til grunn. Spørsmålet er hvorvidt det er kjøpesummen i form av den pris selger og kjøper har blitt enige om at eiendommen skal overdras for (heretter "kontraktssummen") eller prisantydning, eventuelt oppgitt salgstakst, (heretter "utropsprisen") som bør være utgangspunktet for prosentberegningen.¹⁰²

Prosentlæren er i utgangspunktet utledet av henvisningen i avhl. § 3-9 til "kjøpesummen". Kjøpesummen må etter en ren språklig fortolkning forstås som det kjøper faktisk betaler for eiendommen, altså kontraktssummen. Også i lagmannsrettspraksis ser man ut til å legge kontraktssummen til grunn når man sammenligner utbedringskostnadene med kjøpesummen. Det er mange eksempler på dette, herunder RG 1996 s. 435 (Frostating), RG 1998 s. 155 (Borgarting), LA-1997-235, LF-1997-816, LB-1999-120, LB-2001-3259 og

¹⁰⁰ Anderssen (2008) s. 187.

¹⁰¹ Anderssen (2008) s. 176.

¹⁰² Begrepene er hentet fra Anderssen (2002) s. 44.

RG 2003 s. 1513 (Borgarting).¹⁰³ Dette taler for å legge kontraktssummen til grunn ved prosentberegningen.

Når det gjelder praksis fra Høyesterett gis det ikke noe klart svar. I Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo) beregnet Høyesterett presentsatsen ut fra både kontraktssum og takst, og opererte dermed med to litt ulike presentsatser. I Rt. 2010 s. 103 tok derimot Høyesterett bare utgangspunkt i kjøpesummen i form av kontraktssummen.¹⁰⁴ I denne saken var imidlertid kjøpesummen kun 20 000 kr lavere enn taksert verdi, en forskjell som ikke hadde særlig betydning for presentsatsen. I Rt. 2007 s. 1587 (avvisningsrett) ser man også ut til å ta utgangspunkt i kjøpesummen i form av kontraktssummen uten å drøfte dette nærmere. Etter dette kan det virke som at kontraktssum legges til grunn også i Høyesterett, selv om det ikke tas uttrykkelig standpunkt til spørsmålet.

I teorien har enkelte tatt til orde for at man i stedet bør legge utropspris til grunn dersom kjøpesummen har blitt drevet opp gjennom en budrunde med flere konkurrenter. Diskusjonen har imidlertid ikke hatt prosentberegningen for øye. Den har dreid seg om kjøpesummen som et selvstendig moment i vesentlighetsvurderingen. Det har blitt anført at kontraktssummen kan være en misvisende målestokk for kjøpers berettigede forventninger i tilfeller der kontraktssummen fraviker utropsprisen på grunn av budrunde.¹⁰⁵ Når kjøper bevisst fraviker utropsprisen gjennom en budrunde kan han ikke forvente en bedre standard enn den som ligger til grunn for utropsprisen. Man mener derfor at utropsprisen gir bedre holdepunkter for kjøpers berettigede kvalitetsforventninger.

Uansett om man skulle være enig i at utropsprisen er det beste utgangspunktet for vesentlighetsvurderingen der kontraktssummen er presset opp gjennom budrunde, så kan ikke synspunktet få tilsvarende anvendelse for prosentlæren. Synspunktet forutsetter at kjøpesummen er egnet til å indikere hvilke forventninger kjøperen kan ha til eiendommen,

¹⁰³ De fleste hentet fra Bergsåker (2003) s. 172-176.

¹⁰⁴ Se bla. dommens avsnitt 2.

¹⁰⁵ Bergsåker (2003) s. 158, 171-172, Syrstad (2005) s. 90, Ristvedt (2003) s. 89 note 3, motsatt Anderssen (2008) s. 183-184, Anderssen (2002) s. 44-46.

og at forventningene til eiendommens standard øker med kjøpesummen. Prosentlæren baserer seg som nevnt på det motsatte resonnement – jo høyere kjøpesummen er desto mer skal til før et forhold utgjør en mangel. Begrunnelsen for å legge utropsprisen til grunn faller derfor bort.¹⁰⁶ Så lenge synspunktet som har vært fremmet i teorien ikke kan opprettholdes for prosentlærens del ser det ikke ut til å være grunn til å fravike det som allerede følger av ordlyd og rettspraksis, nemlig at kontraktssummen legges til grunn.

På denne bakgrunn antas det at kontraktssummen, det vil si den pris som partene har blitt enige om at eiendommen skal overdras for, skal legges til grunn for prosentberegningen.

5.3.2 Forholdet til tomteverdien

Når kjøpesummen utgjør et selvstendig moment i vesentlighetsvurderingen forutsetter man som nevnt at kjøpesummen er egnet til å indikere hvilken standard kjøper kan forvente av boligen. Det hender imidlertid at kjøpesummen i stor grad reflekterer verdien av tomten, fordi det er beliggenheten og ikke den påstående bygning som er sentralt for kjøpet.¹⁰⁷

Dette vil typisk gjelde ved salg av eiendommer ved sjøen, fritidsboliger i populære fjellområder og eldre villaer i attraktive områder. Ved slike salg er det klart at kjøper ikke kan påberope seg at mangler er vesentlige alene ut fra den høye kjøpesummen.¹⁰⁸

Spørsmålet er om man i disse tilfellene i stedet kan gjøre fradrag for hele eller deler av tomteverdien før vesentlighetsvurderingen foretas. For prosentlærens del er spørsmålet om man kan gjøre tilsvarende fradrag i kjøpesummen, før prosentsatsen regnes ut.

Problemstillingen er i utgangspunktet aktuell for mangler ved alle deler av eiendommen.

Dersom man mener at beliggenhet (hvor attraktiv tomten er på markedet) ikke bør ha innvirkning på vurderingen av kjøpers kvalitetsforventninger, må dette gjelde uavhengig av hvilken del av eiendommen som er mangelfull. Den videre drøftelsen vil imidlertid avgrenses til tilfeller hvor det foreligger fysiske mangler ved selve bygningsmassen.

¹⁰⁶ Tilsvarende Anderssen (2008) s. 183-184.

¹⁰⁷ Anderssen (2008) s. 184-185.

¹⁰⁸ Anderssen (2008) s. 185, Syrstad (2005) s. 90.

I teorien har dette så vidt vært berørt i forbindelse med kjøpesummen som selvstendig moment i vurderingen, ikke i tilknytning til prosentlæren. Anderssen har gitt uttrykk for at et slikt fradrag ikke er aktuelt. Han viser til at vesentlighetsvurderingen skal knyttes til eiendommen som helhet, slik at vesentlighetskriteriet ikke vil være oppfylt selv om skadene utgjør en vesentlig del av bygningsmassens verdi.¹⁰⁹ Legger man dette resonnementet til grunn vil det heller ikke være riktig å gjøre fradrag for tomteverdien ved beregning av prosentsatsen, ettersom dette vil gi samme resultat. Syrstad ser imidlertid ut til å ha en annen oppfatning når han skriver at vesentlighetsvurderingen i disse tilfellene må "...begrenses til forholdet mellom takstens prisvurdering av bygningene -etter fradrag for slit, elde mv., - og bygningenes faktiske tilstand etter avdekkingen av skjulte feil og mangler."¹¹⁰

I rettspraksis ser det ikke ut til at synspunktet om fradrag for tomteverdi har fått gjennomslag. Borgarting lagmannsretts dom 15. september 2008 (LB-2007-186809) gjaldt kjøp av en hytteeiendom i Hemsedal hvor det etter kjøpet ble oppdaget råteskader. Tomteverdien utgjorde langt over halvparten av eiendommens antatte tekniske verdi. Retten tok ikke hensyn til dette under henvisning til at vesentlighetsvurderingen skulle knyttes til eiendommen som helhet, ikke bygningsmassen. Det ble vist til Anderssen, jf. ovenfor. Etter dette foretok retten en prosentberegning hvor de tok utgangspunkt i den samlede kjøpesummen uten fradrag for tomteverdien.

I Rt. 2010 s. 103, hvor prosentlæren fikk sin endelige tilslutning fra Høyesterett, var ikke tomteverdien et tema. Det var det derimot ved behandlingen av samme sak i lagmannsretten, Gulating lagmannsretts dom 6. mai 2009 (LG-2008-133674). I lagmannsretten anførte kjøperne at vesentlighetskravet måtte vurderes i forhold til kjøpesummen, eksklusive tomtens verdi i henhold til taksten. Det fremgår ikke om dette var fordi tomteverdien var spesielt høy i denne saken, eller om det etter deres mening måtte gjelde generelt. Retten avviste uansett standpunktet uten nærmere begrunnelse:

¹⁰⁹ Anderssen (2008) s. 185, Anderssen (2002) s. 49.

¹¹⁰ Syrstad (2005) s. 90.

”Kjøpesummen vil være et sentralt moment i vurderingen av hvilke avvik kjøperen må regne med. I dette tilfellet er det ikke aktuelt å vurdere vesentlighetskravet i forhold til kjøpesummen etter fradrag for tomteverdien, slik som anført av ankende parter.”

Etter dette ble prosentberegningen foretatt med utgangspunkt i den samlede kjøpesummen uten fradrag. Det samme ble løsningen i Høyesterett, men ettersom kjøperne tilsynelatende ikke opprettholdt sin anførsel om fradrag for tomteverdien for Høyesterett ble spørsmålet heller ikke drøftet der.

I Forsikringsklagenemnda ser ikke problemstillingen ut til å ha blitt drøftet i særlig grad. Temaet har så vidt vært berørt i to uttalelser. I Forsikringsklagenemndas uttalelse av 6. januar 2010 (FKN 2010-10) uttalte nemnda at ”...[p]risen for eiendommen må anses bestemt av beliggenhet, tomtens størrelse og lang strandlinje, og forholdet mellom pris og utbedringskostnader bør derfor dempes ned som vurderingsmoment når det gjelder mangler ved huset.” Her var man altså bevisst problemstillingen, men det var ikke snakk om å se bort fra tomteverdien i vurderingen.

I Forsikringsskadenemndas uttalelse av 21. november 2005 (FSN-5887) ble derimot prosentsatsen beregnet både med og uten fradrag for tomteverdien. Saken gjaldt kjøp av boligeiendom til kr 5 mill, der tomtens verdi var over kr 1,5 mill. Nemnda uttalte først: ”Det er tale om kjøp av en meget kostbar boligeiendom. Ved vurderingen av hvorvidt en mangel er vesentlig når det gjelder mangler ved bygninger på tomten, vil det imidlertid ikke uten videre være riktig å ta utgangspunkt i salgssummen, når beliggenheten og dermed tomteprisen utgjør en vesentlig del av totalprisen.” Nemnda anslo utbedringskostnadene til ca kr 70 000 og viste videre til at ”disse ikke [vil] representere mer enn 2% av verdien av bygningene og knapt 1,5% av kjøpesummen for hele eiendommen. Dette er i utgangspunktet for lite til at manglene kan anses som vesentlige etter avh.l. § 3-9...” Ettersom prosentsatsen ble beregnet både med og uten fradrag for tomteverdien, og de to prosentsatsene var forholdsvis like, er det vanskelig å si hvilket beregningsgrunnlag nemnda mente var det riktige. Uttalelsen kan derfor ikke tas til inntekt for at man *skal* se

bort fra tomteverdien i vesentlighetsvurderingen. Fremgangsmåten ser heller ikke ut til å ha blitt fulgt opp i senere nemndsuttalelser.

Etter dette ser det ikke ut til å være grunnlag for, verken i teori, rettspraksis eller nemndspraksis, å se bort fra tomteverdien der denne er særlig høy.

Avslutningsvis kan man reise spørsmålet om et fradrag for tomteverdien likevel *bør* være løsningen for prosentberegningen. Et første argument for et slikt fradrag kunne være at det først er etter fradrag for tomteverdien at man står igjen med et riktig mål på kjøpers berettigede forventninger til eiendommen. Dette fordi den del av kjøpesummen som reflekterer eiendommens beliggenhet ikke sier noe om hva man kan forvente av eiendommens kvalitet. Prosentlæren baserer seg imidlertid ikke på det resonnement at verdien korresponderer med forventet kvalitet, snarere tvert i mot. Det er derfor tvilsomt om dette kan begrunne et fradrag for tomteverdien ved prosentberegningen.

Et annet argument kunne være at man ved et fradrag for tomteverdien der denne er spesielt høy kunne sørge for at like tilfeller (like hus med samme mangler) i større grad behandles likt. Som nevnt i punkt 4 tar prosentberegningen utgangspunkt i kjøpesummen, uten hensyn til hvor stor del av kjøpesummen som reflekterer eiendommens beliggenhet. Dermed kan prosentberegningen gi villedende resultater, som illustrert med eksempelet i punkt 4.3 om de to identiske husene i henholdsvis en fraflyttingstruet bygd og et populært område i Oslo. Et fradrag for hele eller deler av tomteverdien der beliggenhet gjør denne spesielt høy kunne kanskje avhjulpet dette. På den annen side er det usikkert hvor langt på vei et slikt fradrag vil hjelpe. For det første er eiendommens beliggenhet som regel bare en av flere faktorer som påvirker tomteverdien. For det andre vil beliggenhet trolig også påvirke bygningsmassens verdi. Det er altså vanskelig å fastslå nøyaktig hvor stor del av tomteverdien som reflekterer eiendommens beliggenhet. På denne bakgrunn er det antagelig også grenser for hvor hensiktsmessig et slikt fradrag vil være.

Sammenfattet *kan* man altså argumentere for et fradrag i kjøpesummen for tomteverdien, før prosentsatsen beregnes, fordi man på den måten kan bidra til at like hus i ulike områder behandles likt. Det er imidlertid usikkert hvor hensiktsmessig dette vil være, og det er uansett ikke rettskildemessig grunnlag for en slik fremgangsmåte.

5.4 Beregning av utbedringskostnadene

5.4.1 Innledning

I beregningen av prosentsatsen spiller også utbedringskostnadene en stor rolle. Det presumeres at utbedringskostnadene er egnet til å beløpsfeste de anførte manglene, i tråd med bestemmelsen om utmåling av prisavslag i avhl. § 4-12 annet ledd.¹¹¹

Utbedringskostnadene har i utgangspunktet den samme funksjon ved prisavslag og prosentberegningen – å gjenspeile den verdireduksjon mangelen medfører. Av denne grunn kan trolig flere av de prinsipper som gjelder for utmåling av prisavslag etter § 4-12 annet ledd legges til grunn for beregningen av utbedringskostnadene i prosentlæren. For eksempel er det ikke en forutsetning for utmåling av prisavslag etter § 4-12 annet ledd at utbedring faktisk har funnet sted, en taksering av fremtidige, nødvendige utbedringskostnader kan også legges til grunn.¹¹² Og prisavslaget fastsettes som om kjøper hadde engasjert fagkyndige.¹¹³ Videre skal bare kostnader til en forsvarlig, nødvendig utbedring telle med.¹¹⁴ Og det er kostnadene for utbedring av *hele* mangelen som skal legges til grunn, ikke bare den del som overstiger det kjøper ellers hadde måttet finne seg i.¹¹⁵ For § 3-9 annet punktum skal for eksempel utbedringskostnadene for hele avviket fra det kjøper kunne forvente legges til grunn, ikke bare den del som overgår vesentlighetsterskelen. Alle disse prinsipper for utmåling av prisavslag må trolig også kunne legges til grunn for prosentberegningen.

¹¹¹ Bergsåker (2010) s. 17.

¹¹² Bergsåker (2003) s. 330 .

¹¹³ Anderssen (2008) s. 285.

¹¹⁴ Anderssen (2008) s. 283.

¹¹⁵ Anderssen (2008) s. 281.

På den annen side er ikke vurderingstemaet det samme ved henholdsvis prisavslag og prosentlæren. Beregningen av prisavslaget avgjør hva selger skal utbetale og forutsetter at det allerede foreligger en mangel. Et bærende hensyn bak beregningen er at balansen i kontraktsforholdet gjenopprettes. Til sammenligning er formålet med beregningen av utbedringskostnadene i prosentlæren å vurdere hvorvidt det i det hele tatt foreligger mangel, og prosentsatsen er et av flere momenter som skal inngå i vurderingen. På denne bakgrunn vil ikke reglene for utmåling av prisavslag i § 4-12 annet ledd legges til grunn som utgangspunkt for den videre fremstillingen. Det vil i stedet trekkes paralleller til prisavslagsbestemmelsen der dette er av interesse.

5.4.2 Tidspunkt for beregningen

5.4.2.1 Innledning

Et første spørsmål som oppstår i forbindelse med beregning av utbedringskostnadene er hvilket tidspunkt som skal legges til grunn. En generell fremstilling av reglene om tidspunktet for mangelsvurderingen er gitt i punkt 2.2.2 ovenfor. Her vil det redegjøres nærmere for tidspunktets betydning for selve prosentberegningen.

Spørsmålet om valg av tidspunkt dreier seg om to noe ulike problemstillinger. For det første er det et spørsmål hvilket tidspunkt som skal legges til grunn når det foreligger skjulte mangler, og mangelen utvikler seg i tiden mellom overtakelse og oppdagelse. Dette vil behandles i punkt 5.4.2.2. For det andre er det et spørsmål hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for fastsettelse av utbedringskostnadene når man tar hensyn til prisendringer i tiden etter overtakelse. Dette vil behandles i punkt 5.4.2.3.

5.4.2.2 Skjulte mangler som utvikler seg

Som redegjort for under punkt 2.2.2 kan en skjult feil som forelå ved overtakelse, men som først oppdages på et senere tidspunkt, utgjøre en mangel jf. avhl. § 3-1 annet ledd annet

punktum. Når en skjult mangel utvikler seg i tiden mellom overtakelse og oppdagelse, er det mangelen slik den forelå når kjøper oppdager eller burde ha oppdaget mangelen selger er ansvarlig for.¹¹⁶ Spørsmålet er her om man ved beregningen av proportsatsen, i de tilfellene der en skjult mangel utvikler seg, skal ta utgangspunkt i utbedringskostnadene slik mangelen var på tidspunktet for overtakelse eller når mangelen oppdages.

Hovedregelen er som nevnt i punkt 2.2.2 at mangelsvurderingen skal foretas på tidspunktet for overtakelse, jf. avhl. §§ 2-4 og 3-1. Dette taler for at det også er kostnadene for utbedring av manglene slik de fremstår på *overtakelsestidspunktet* som skal legges til grunn ved vesentlighetsvurderingen.¹¹⁷ Forarbeidene peker i samme retning. Når forarbeidene uttaler om skjulte mangler som utvikler seg, at selger er ansvarlig for mangelsens størrelse slik den foreligger ved oppdagelse, forutsettes det samtidig at ”skaden skriv seg fra ein feil som var der før vågnaden gjekk over på kjøparen og som seljaren etter avtala eller lova svarer for.”¹¹⁸ Forarbeidene ser altså ut til å forutsette at forholdet utgjør en rettslig mangel allerede ved overtakelse. For avhl. § 3-9 annet punktum sin del innebærer dette at forholdet må være vesentlig allerede ved overtakelse, og det må da være utbedringskostnadene ut fra mangelsens størrelse på dette tidspunktet som er relevant. Det vil fortsatt være skadens omfang ved oppdagelse selger til sist blir ansvarlig for, men omfanget på dette tidspunktet kan ikke ha betydning for selve mangelsspørsmålet.

Rt. 2008 s. 963 (Rottedommen) støtter ovennevnte syn. Saken dreide seg for så vidt ikke om en skade som utviklet seg, men snarere om en *risiko* for skade ved overtakelse som senere manifesterte seg. Avgjørelsen er likevel av interesse. Saken gjaldt kjøp av en eldre boligeiendom i 2001. På tidspunktet for overtakelse antar man at det ikke var rotter i boligen. Det forelå derimot bygningstekniske feil som kunne medføre forhøyet risiko for rotteplager. I 2004 oppdaget kjøperne rotter, og utbedring av skadene etter rottene medførte omfattende rivings- og gjenoppbyggingsarbeider. I 2006 oppdaget man nye, omfattende rotteskader. Spørsmålet var om det forelå en mangel etter avhl. § 3-9 annet punktum.

¹¹⁶ Bergsåker (2003) s. 192-193, Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 78 og Rt. 1998 s. 1510.

¹¹⁷ Tilsvarende Anderssen (2008) s. 186.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 78.

Kjøperne anførte blant annet prosentlæren, og tok utgangspunkt i utbedringskostnadene da skadene ble *oppdaget*. Utbedringskostnadene for samtlige mangler slik de forelå etter 2006 utgjorde 18,9 % av kjøpesummen, mens utbedringskostnadene for rotteskaden i 2004 alene utgjorde 6,4 % av kjøpesummen. Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til disse anførselene. Høyesterett uttalte:

”...avgjørende for vurderingen av mangelsproblemet blir om boligen ved overtakelsen led av upåregnelige bygningstekniske mangler av en slik art at de innebar en uakseptabel høy risiko for rotteangrep. Det må her tas i betraktning at slike rotteskader kan få et stort omfang. Dersom det ved risikoens overgang forelå en mangel i forhold til avhendingsloven § 3-9 annet punktum, vil selgeren som utgangspunkt også være ansvarlig for de skader som inntreffer på et senere tidspunkt på grunn av denne mangelen, jf. Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 78.”¹¹⁹

Avgjørelsen viser nettopp at det er skadens omfang ved risikoens overgang som er avgjørende i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum. Det senere tidspunkt, når risikoen har manifestert seg eller skaden forverret seg, har ikke betydning for selve mangelsspørsmålet. Dette kan også forklare hvorfor Høyesterett ikke tok stilling til kjøpernes anførsler om prosentlæren – ettersom prosentsatsen var beregnet ut fra utbedringskostnadene da mangelen ble oppdaget.

Etter dette må konklusjonen være at det er kostnadene for utbedring av manglene slik de fremstår på tidspunktet for risikoens overgang (overtakelse) som skal legges til grunn ved prosentberegningen.

5.4.2.3 Tidspunktet for fastsettelse av utbedringskostnadene

I dette punktet forutsettes det at mangelens størrelse er konstant, den utvikler seg ikke i tiden etter overtakelse. At mangelens størrelse er gitt utelukker imidlertid ikke at prisene for hva det vil koste å utbedre mangelen kan endre seg. Spørsmålet her er derfor på hvilket

¹¹⁹ Dommens avsnitt 28.

tidspunkt utbedringskostnadene bør fastsettes. Alternativene er mange – tidspunktet for overtakelse, når skaden oppdages, takseringstidspunktet, reklamasjonstidspunktet, domstidspunktet mv.¹²⁰ Som regel har ikke dette spørsmålet så stor betydning fordi utbedringskostnadene vil være forholdsvis like på de ulike tidspunktene.¹²¹ Avhl. § 4-19 annet ledd oppstiller en absolutt reklamasjonsfrist på fem år etter at kjøper har overtatt bruken av eiendommen, og i løpet av disse fem årene er det lite trolig at prisene vil endre seg særlig. I perioder der bolig-, håndverker-, og entreprisekostnader endrer seg vesentlig kan derimot valg av tidspunkt være relevant.¹²²

Utgangspunktet etter avhendingsloven er som nevnt ovenfor at mangelsvurderingen skal foretas på det tidspunktet risikoen går over på kjøper jf. avhl. §3-1 annet ledd jf. § 2-4 annet ledd. Som regel er dette tidspunktet for overtakelse. Lovens system taler derfor for at fastsettelsen av utbedringskostnadene også skal skje på dette tidspunktet.¹²³ Et ytterligere argument for å knytte fastsettelsen av utbedringskostnadene til overtakelsestidspunktet er at beløpet da blir sammenlignbart med kjøpesummen.¹²⁴ Fra kjøper overtar eiendommen til manglene er oppdaget og taksert kan det gå lang tid. Hvis prosentsatsen skal gi et riktig bilde av utbedringskostnadenes forhold til kjøpesummen bør det i så fall tas hensyn til den eventuelle prisstigning som har skjedd fra salget til takseringen. Dette kan skje enten ved at utbedringskostnadene justeres til overtakelsestidspunktet, eller at kjøpesummen justeres til takserings- eller domstidspunktet.¹²⁵

Hvilket tidspunkt utbedringskostnadene skal fastsettes, herunder om det bør foretas en justering av beløpene (enten av kjøpesummen eller utbedringskostnadene), har vært lite problematisert i rettspraksis. I samtlige avgjørelser fra Høyesterett hvor man sammenligner utbedringskostnadene med kjøpesummen, Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo), Rt. 2007 s. 1587 (avvisningsrett) og Rt. 2010 s. 103, legges takseringstidspunktet eller domstidspunktet til

¹²⁰ Anderssen (2008) s. 186.

¹²¹ Anderssen (2008) s. 186.

¹²² Anderssen (2002) s. 71, Anderssen (2008) s. 186.

¹²³ Anderssen (2002) s. 70, Anderssen (2008) s. 186.

¹²⁴ Anderssen (2002) s. 71, Anderssen (2008) s. 186.

¹²⁵ Anderssen (2008) s. 186-187.

grunn uten nærmere begrunnelse eller diskusjon. Det samme ser ut til å være tendensen i underinstansene.¹²⁶ Når spørsmålet først har vært oppe til diskusjon er det imidlertid eksempler på at retten justerer beløpene i forhold til hverandre. I Borgarting lagmannsretts dom 23. august 2002 (LB-2001-3259) utgjorde utbedringskostnadene uten justering 3,4 % av kjøpesummen. Retten uttalte så:

”Imidlertid vil det ikke være riktig å legge 1996-kjøpesummen til grunn når utbedringskostnadene er henholdsvis et beløp fra november 1999 og mars 2000. Det fremgår av Statistisk Sentralbyrås prisindeks for bruktboliger at prisen for brukte eneboliger i Oslo og Bærum i perioden 1996-2000 har steget med 76,2%. 1996-kjøpesummen tilsvarte etter dette i 2000 kroner 5.286.000, og utbedringskostnadene utgjør da 1,9%.”

I Oslo tingretts dom 7. juli 2004 (TOSLO-2004-2050) ble også kjøpesummen justert opp til takseringstidspunktet under henvisning til ovennevnte dom. I Borgarting lagmannsretts dom 22. november 1999 (LB-1999-2211, mindretallets votum) ble det lagt vekt på at utbedringskostnadene måtte justeres ned til prisene som gjaldt i tiden etter overtakelsen. Her var det gått et år mellom overtakelse og taksering av utbedringskostnadene, i en periode med vesentlig økning i boligpriser og entreprenør- og håndverkerpriser. I RG 2003 s. 1513 (Borgarting) ble imidlertid en justering av kjøpesummen i samsvar med prisstigningen avvist fordi man ikke kunne se at lovens ordlyd, ”kjøpesummen”, eller rettspraksis ga grunnlag for en slik justering.

Etter dette kan man altså finne støtte for en justering av beløpene i lagmannsrettspraksis, men praksis er ikke entydig og spørsmålet ser generelt ut til å ha vært lite problematisert. Selv om rettspraksis ikke gir et klart svar er det grunn til å mene at en justering av beløpene likevel *bør* være løsningen. Synspunktet har støtte i juridisk teori.¹²⁷ Som nevnt innledningsvis kan valg av tidspunkt for fastsettelse av utbedringskostnadene ha stor betydning for prosentsatsen i perioder med større prisendringer. Så lenge prosentlæren baserer seg på en sammenligning av kjøpesummen og utbedringskostnadene fremstår det

¹²⁶ Anderssen (2002) s. 70, Anderssen (2008) s. 186.

¹²⁷ Anderssen (2008) s. 186-187.

naturlig at beløpene gjøres sammenlignbare. Dette kan bidra til å gjøre proSENTSatsen riktigere. Manglende justering kan føre til at to ellers like tilfeller kan gi ulike proSENTSats, enten fordi det går lenger tid fra overtakelse til taksering i et av tilfellene, eller fordi de to tilfellene finner sted i ulike tidsperioder med ulik prisstigning. Det kan ikke være riktig. Etter dette må konklusjonen være at utbedringskostnadene bør fastsettes på tidspunktet for overtakelse. Hvorvidt utbedringskostnadene justeres med byggekostnadsindeksen til overtakelsestidspunktet, eller om kjøpesummen i stedet justeres med prisstigningen fra overtakelsestidspunktet til tidspunktet for fastsettelse av utbedringskostnadene, er av underordnet betydning, ettersom dette vil gi samme resultat.¹²⁸

5.4.3 Feil og mangler som skal legges til grunn for beregningen

Et neste spørsmål i forbindelse med beregningen av utbedringskostnadene er hvilke feil og mangler som skal legges til grunn, det vil si hvilke feil og mangler som er *relevante* for beregningen. I juridisk teori er spørsmålet som regel hvilke feil og mangler som skal inngå i vesentlighetsvurderingen generelt, ikke i prosentberegningen. Man må imidlertid kunne legge til grunn at de forhold som er relevante for vesentlighetsvurderingen i utgangspunktet også vil være relevante for prosentberegningen. Vurderingstemaet er det samme. Derfor vil fremstillinger om vesentlighetsvurderingen i juridisk teori også være relevant for drøftelsen her. Vurderingstemaet etter avhl. § 3-9 annet punktum er forøvrig også kort omtalt under punkt 2.2.1 ovenfor, og fremstillingen der vil også være relevant for denne del.

Vesentlighetsvurderingen etter avhl. § 3-9 skal ta utgangspunkt i avviket fra det kjøper hadde grunn til å forvente, og dette avviket kan skyldes et bredt spekter av feil og mangler – faktiske mangler, forskriftsmangler, vanhjemmel, rådighetsmangler og andre former for mangler. Som redegjort for i punkt 2.2.1 vil alle disse manglene inngå i vesentlighetsvurderingen, og de er derfor alle relevante ved beregningen av utbedringskostnadene. På denne bakgrunn kan ikke prosentlæren sies å være begrenset til bestemte typer mangler. At prosentlæren tar utgangspunkt i utbedringskostnadene

¹²⁸ Anderssen (2008) s. 186-187.

forutsetter imidlertid selvsagt at manglene kan utbedres. Det vil ikke alltid være tilfellet. For retts- og rådighetsmangler etter §§ 4-17 og 4-18 vil for eksempel utbedring ofte være vanskelig. Det samme gjelder forhold utenfor eiendommen, som negative naboforhold og lignende. I de tilfellene der utbedring ikke er mulig vil det heller ikke være rom for en prosentberegning, og vesentlighetsvurderingen vil måtte baseres på andre momenter enn prosentlæren. Etter dette er utgangspunktet for beregningen av utbedringskostnadene fortsatt som for vesentlighetsvurderingen generelt - at alle former for mangler teller med. Mangelen må imidlertid være mulig å utbedre.

Ved vesentlighetsvurderingen vil mangler ved alle deler av eiendommen ha betydning, enten det er i tilknytning til bygningsmassen, grunnen, eiendommens tilbehør eller forhold utenfor eiendommen jf. også punkt 2.2.1. Ved beregningen av utbedringskostnadene må det samme legges til grunn.

Når det gjelder mangler ved eiendommen som skyldes manglende eller uriktige opplysninger fra selgers side, avhl. §§ 3-7 og 3-8, skal disse i utgangspunktet også inngå i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet punktum.¹²⁹ Dermed må disse forhold også tas med i beregningen av utbedringskostnadene. I tilfeller der det kun foreligger opplysningssvikt etter avhl. §§ 3-7 og/eller 3-8 vil ikke dette ha stor betydning fordi forholdet uansett vil omfattes av avhl. § 3-9 første punktum. Større betydning vil det imidlertid ha så lenge det også foreligger andre typer mangler. Da kan for eksempel mindre feil, som i utgangspunktet ikke ville tilfredsstilt vesentlighetskravet isolert sett, likevel anses som mangler fordi de forhold som utgjør mangler etter §§ 3-7 og 3-8 teller med.¹³⁰ Hadde løsningen vært en annen ville selgers forsømmelse av opplysningsplikten kunne komme kjøperen til skade i vesentlighetsvurderingen, og det kan ikke være riktig.¹³¹

Enkelte forhold vil etter sin art ikke være relevant som mangel dersom det ikke var gitt uriktig opplysning om forholdet etter § 3-8, for eksempel positive opplysninger om

¹²⁹ Bergsåker (2003) s. 178-179, Anderssen (2008) s. 183.

¹³⁰ Tilsvarende Anderssen (2008) s. 183.

¹³¹ Bergsåker (2003) s. 179.

eiendommen som slår feil.¹³² Det er mulig at slike mangler bør holdes utenfor vesentlighetsvurderingen i § 3-9, selv om forholdet kan påberopes etter § 3-8.¹³³ I så fall bør manglene heller ikke tas med i beregningen av utbedringskostnadene.

Kjøper mister i utgangspunktet retten til å gjøre mangler gjeldende dersom det ikke reklameres innen rimelig tid, jf. avhl. § 4-19. De forhold som kjøper ikke har reklamert over i tide skal i utgangspunktet ikke tas med i vesentlighetsvurderingen.¹³⁴ De skal derfor heller ikke tas med i beregningen av utbedringskostnadene. Dersom kjøperen har unnlatt å reklamere fordi feilen var av et mindre omfang, og det senere oppdages andre feil slik at forholdet til sammen blir mer alvorlig, må man imidlertid kunne trekke også de først oppdagede feilene inn i mangelsvurderingen.¹³⁵ En kjøper oppdager for eksempel en feil A, men reklamerer ikke fordi han ser at utbedringskostnadene ikke vil overstige vesentlighetsterskelen. Så lenge feil A ikke når opp til vesentlighetsterskelen har ikke kjøper plikt til å reklamere over forholdet. Kjøper oppdager senere feil B, og feil A og B til sammen vil klart oppfylle vesentlighetskravet. I en slik situasjon må begge forhold, feil A og B, inngå i vesentlighetsvurderingen. På den annen side er det ikke utelukket at en liten feil kan være tegn på et mer alvorlig forhold som kjøper burde ha undersøkt nærmere, slik at det likevel må anses å være reklamert for sent etter § 4-19.¹³⁶

Forhold som tidligere er rettskraftig avgjort eller erkjent av selger skal tas med i beregningen av utbedringskostnadene.¹³⁷ I Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo) ble for eksempel manglene ved badegulvet, som var rettskraftig avgjort i lagmannsretten, regnet med. I Borgarting lagmannsretts dom 23. august 2002 (LB-2001-3259) ble mangler som var avgjort ved et tidligere rettsforlik regnet med. Når tidligere avgjorte forhold skal tas med i beregningen av utbedringskostnadene er det domsresultatet, eventuelt forliksbeløpet, som

¹³² Bergsåker (2003) s. 179.

¹³³ Bergsåker (2003) s. 179.

¹³⁴ Bergsåker (2003) s. 179, Anderssen (2008) s. 183, Bergsåker (2010) s. 17-18.

¹³⁵ Tilsvarende Bergsåker (2003) s. 179.

¹³⁶ Tilsvarende Bergsåker (2003) s. 365.

¹³⁷ Anderssen (2008) s. 183.

skal legges til grunn og ikke kravet i stevningen eller liknende. Dette følger av uttalelser i sistnevnte dom.

Ved beregningen av utbedringskostnadene skal man ikke ta med kvalitetsavvik som var opplyst i salgsdokumentasjonen før kjøpet eller som kjøper av andre grunner måtte være forberedt på.¹³⁸ Det samme følger for så vidt av avhl. § 3-10 første ledd. Feil som kjøper har misligholdt sin undersøkelsesplikt i forhold til jf. avhl. § 3-10 annet ledd skal heller ikke inngå i beregningen av utbedringskostnadene. Til sammenligning gjelder det samme for beregning av prisavslag etter avhl. § 4-12 annet ledd.¹³⁹

5.4.4 Fradrag for forlenget levetid og standardheving

5.4.4.1 Problemstillingen

Et neste spørsmål i forbindelse med beregningen av utbedringskostnadene er om utbedringskostnadene alltid skal tas med fullt ut, eller om de iblant må nedjusteres sett hen til hva kjøper hadde grunn til å regne med ut fra eiendommens alder og tilstand ved overtakelse.¹⁴⁰ Måten man eventuelt tar hensyn til kjøpers forventninger på er å gjøre fradrag i utbedringskostnadene for forlenget levetid og standardheving. Problemstillingen må ikke forveksles med avsnittet ovenfor, hvor det gikk frem at mangler som kjøper måtte være forberedt på holdes utenfor beregningen. Her forutsettes det at kjøper ikke kjente eller måtte kjenne til mangelen, slik at forholdet i utgangspunktet skal inngå i prosentberegningen i sin helhet. Hvorvidt et slikt fradrag er hensiktsmessig, herunder om det er en egnet måte å ta hensyn til kjøpers forventninger på, vil vurderes i det følgende. Men først vil problemstillingen utdypes nærmere.

¹³⁸ Bergsåker (2010) s. 17-18.

¹³⁹ Anderssen (2008) s. 281.

¹⁴⁰ Anderssen (2008) s. 187.

I rettspraksis benyttes som regel begrepet ”standardhevingsfradrag” i vid forstand, men begrepet omfatter egentlig to noe ulike fradrag.¹⁴¹ *For det første* omfattes fradrag for forlenget levetid. Når man utbedrer mangler ved fast eiendom benyttes normalt nye bygningsdeler. Ved eldre boliger vil en utbedring med nye bygningsdeler føre til at den aktuelle del får en lengre levetid (evt. også høyere standard) enn det kjøper hadde grunn til å forvente da han kjøpte eiendommen.¹⁴² Spørsmålet er om dette bør føre til fradrag i utbedringskostnadene ved prosentberegningen. Anderssen illustrerer problemstillingen med et eksempel:

”En gitt bygningsdel har en normalt forventbar levetid på 50 år. På en konkret eiendom viser det seg at den har sviktet allerede etter 20 år. Ser en bort fra andre forhold som påvirker hva kjøper har grunn til å forvente, hadde kjøper da han overtok eiendommen grunn til å forvente at bygningsdelen fremdeles hadde 60 % levetid igjen. Han måtte imidlertid forvente at 40 % av levetiden var utløpt. Når reparasjon skal foretas, koster det kr 100.000 å skifte ut den brukte bygningsdelen med en ny. Spørsmålet blir da om mangelsvurderingen skal foretas på bakgrunn av de fulle reparasjonskostnader på kr 100.000, eller kr 60.000 (60 % av kr 100.000)?”¹⁴³

For det andre anvendes standardhevingsfradrag når en utbedring fører til at en teknisk løsning erstattes med en bedre – linoleumen på baderomsgulvet erstattes for eksempel med fliser.¹⁴⁴ Også her oppstår spørsmålet om man bør gjøre fradrag for standardforbedringen når man beregner utbedringskostnadene i prosentlæren.

Spørsmålet om standardhevingsfradrag ved beregningen av utbedringskostnadene ligner, men må ikke forveksles med, standardhevingsfradrag ved utmåling av prisavslag etter avhl. § 4-12 annet ledd.¹⁴⁵ I den grad en utbedring setter eiendommen i bedre stand enn det kjøper hadde krav på etter avtalen skal den fordel forbedringen representerer normalt gå til fradrag i prisavslaget.¹⁴⁶ Det er i utgangspunktet det samme prinsippet som vil omtales her.

¹⁴¹ Anderssen (2008) s. 290.

¹⁴² Anderssen (2008) s. 187.

¹⁴³ Anderssen (2008) s. 187.

¹⁴⁴ Anderssen (2008) s. 290.

¹⁴⁵ Anderssen (2008) s. 187.

¹⁴⁶ Bergsåker (2003) s. 329-330, Anderssen (2008) s. 289-290 med videre henvisninger.

Men som nevnt innledningsvis (punkt 5.4.1) handler prisavslaget og prosentlæren om to noe ulike vurderinger, og det er derfor viktig ikke å forveksle de to.

Etter dette er altså problemstillingen om man ved beregningen av utbedringskostnadene bør gjøre fradrag for den standardheving utbedringen medfører (eller kommer til å medføre), enten forbedringen skyldes forlenget levetid eller faktisk standardheving.

5.4.4.2 Rettspraksis

Spørsmålet om fradrag for standardheving har i liten grad vært behandlet i rettspraksis.¹⁴⁷ Det hender at hensynet til standardheving utgjør et moment i vurderingen, men da uten å innkalkuleres i prosentberegningen¹⁴⁸. Som regel legges de fulle utbedringskostnader til grunn ved prosentberegningen, uten nærmere drøftelse.¹⁴⁹

I Midhordland tingretts dom 14. juni 2006 (TMIHO-2005-125627) var spørsmålet tatt opp av partene, men retten gikk ikke med på å gjøre fradrag for standardforbedring ut fra boligens alder og levetidsbetraktninger. Tilsvarende ble standardhevingsfradrag ved prosentberegningen avvist i Oslo tingretts dom 7. mars 2008 (TOSLO-2007-157198).

Noen avgjørelser kan imidlertid tas til inntekt for et fradrag i utbedringskostnadene. I Oslo tingretts dom 20. april 2006 (TOSLO-2006-16771) uttalte retten blant annet, i forbindelse med et eldre, utett vaskeromsgulv, at ”[d]ersom kostnadene til utbedring skulle vurderes mot kjøpesummen, ville det måtte gjøres et relativt betydelig fradrag for den fornying og standardheving utbedringen innebærer. Den relevante kostnad ville da uansett bare utgjøre en liten og uvesentlig andel av kjøpesummen...”.

¹⁴⁷ Anderssen (2008) s. 187.

¹⁴⁸ Anderssen (2008) s. 188 med videre henvisninger.

¹⁴⁹ Anderssen (2008) s. 187.

I Borgarting lagmannsretts dom 15. september 2008 (LB-2007-186809) ble det også gjort fradrag i utbedringskostnadene for forlenget levetid før prosentsatsen ble beregnet.

Lagmannsretten uttalte;

”Det fremgår av de ankende parteres [sic] egen oppstilling at faktiske utbedringskostnader for hele gulvet var ca. kr 250.000 inklusive mva. Bare 66 % av dette relaterer seg til det området som hadde mangler - altså ca. kr 165.000. **Det må imidlertid også tas hensyn til at kjøper ved dette får «nytt for gammelt» med en tilsvarende lengre levetid, selv om det i og for seg ikke er standardheving.** [Min utheving.] Videre ville en del omkostninger uansett påløpe på grunn av de øvrige arbeider som i alle tilfeller skulle utføres. Når dette [sic] vurderes samlet, vil lagmannsretten rent skjønnsmessig anta at ca kr 100.000 kan henføres til de skjulte feil og mangler. Dette utgjør i så fall ca. 4,5 % av kjøpesummen.”

Etter dette *kan* man altså finne støtte for et standardhevingsfradrag i enkelte avgjørelser, men praksis er ikke entydig og det ser ut til å være få avgjørelser som uttrykkelig tar stilling til spørsmålet.

5.4.4.3 Forsikringsklagenemnda

Hvorvidt det skal gjøres fradrag i utbedringskostnadene for standardheving før prosentsatsen beregnes har vært drøftet i enkelte uttalelser fra Forsikringsklagenemnda. I flere av uttalelsene har nemndas medlemmer vært delt på dette punkt. Flertallet har stort sett gått inn for at det *ikke* skal gjøres et slikt fradrag i utbedringskostnadene.

I Forsikringsskadenemndas uttalelse av 2. mars 2007 (FSN 6538) kom nemnda enstemmig til at det ikke skulle gjøres fradrag for standardheving før beregning av prosentsatsen. Det ble vist til at prosentsatsen kun gir uttrykk for forholdet mellom kjøpesummen og de øyeblikkelige tilleggskostnader kjøper må betale. Prosentsatsen tar ikke hensyn til andre forhold, som mangelens art, eiendommens alder, vedlikeholdsbehov, kjøpers forventninger osv. Et standardhevingsfradrag før beregning av prosentsatsen kunne nettopp ivareta hensynet til slike forhold, men nemnda viste til at disse momentene allerede inngår i helhetsvurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum. Nemnda uttalte at ”...de momenter

som ligger inne i standardhevingsfradraget reflekteres i skjønnets overvesentlighetsvurderingen, men ikke i proSENTSatsen slik denne er utviklet i rettspraksis.” Etter dette ble det ikke gjort fradrag for standardheving før beregningen av proSENTSatsen.

Uttalelsen har blitt lagt til grunn i senere uttalelser, blant annet i Forsikringsskadenemndas/Forsikringsklagenemndas uttalelse av 26. mai 2008 (FSN 7268), av 24. oktober 2008 (FSN 7468), av 17. november 2008 (FSN 7498), av 4. mai 2009 (FKN 2009-135) og av 25. mai 2009 (FKN 2009-200).

Av de foran nevnte avgjørelsene var det dissens vedrørende spørsmålet om standardhevingsfradrag i blant annet FSN 7468, FSN 7498 og FKN 2009-135. I disse uttalelsene mente et mindretall av nemndsmedlemmene at det burde gjøres et standardhevingsfradrag i utbedringskostnadene *før* proSENTSatsen regnes ut. I FSN 7468 viste mindretallet blant annet til at det avgjørende etter avhl. § 3-9 annet punktum er hvorvidt kjøpers berettigede forventninger er oppfylt eller ikke. Mindretallet pekte på at kjøper her måtte forvente en del oppussing av badet uavhengig av manglene som hadde oppstått og uttalte at:

”...*forventningsavviket* ikke er større enn differansen mellom utgiftene knyttet til utbedringen av de manglene badet faktisk har og de utgiftene kjøper måtte forvente som følge av oppussingen. Det er først og fremst dette *avviket* som er relevant i forhold til mangelsvurderingen etter § 3-9. Avviket kommer økonomisk til uttrykk ved å ta brutto utbedringsbeløp minus standardfradraget”

Mindretallet la til at brutto utbedringsbeløp ikke var irrelevant i vurderingen, idet dette representerte en umiddelbar økonomisk belastning som kjøper ikke nødvendigvis måtte forvente, men det var i så fall et moment som kunne inntas i den øvrige helhetsvurderingen etter avhl. § 3-9 annet punktum. I FSN 7498 sluttet mindretallet seg til ovennevnte sitat og la til at den samme fremgangsmåte var anvendt i Borgarting lagmannsretts dom

15. september 2008 (LB-2007-186809) som sitert i punkt 5.4.4.2 ovenfor.¹⁵⁰ Også i FKN 2009-135 sluttet mindretallet seg til denne oppfatningen.

5.4.4.4 Fradrag for forlenget levetid og standardheving – en vurdering

Verken rettspraksis eller praksis fra Forsikringsklagenemnda ser ut til å gi et klart svar når det kommer til standardhevingsfradrag i prosentberegningen. Spørsmålet er så om et fradrag for standardheving *bør* være løsningen.

Det bærende argumentet for å gjøre fradrag for standardheving er at utbedringskostnadene på den måten kan gi et riktigere bilde av mangelens omfang. Riktigere blir det fordi man da i større grad tar hensyn til boligens tilstand ved overtakelsen, herunder hva kjøper hadde grunn til å forvente.¹⁵¹ Vurderingstemaet etter avhl. § 3-9 annet punktum er størrelsen på *avviket* fra det kjøper hadde grunn til å forvente av eiendommen ut fra dens alder og tilstand. Utbedringskostnadene skal i utgangspunktet tallfeste dette avviket. For at beløpet skal bli mest mulig riktig bør det da gjøres fradrag for den del av utbedringskostnadene som har gitt kjøper en *høyere* standard (eventuelt en lenger levetid) enn det kjøper kunne forvente. Først etter et slikt fradrag står man igjen med en mer reell verdisetting av avviket. Tilsvarende resonnement ser ut til å ligge til grunn for mindretallets uttalelser i FSN 7468, FSN 7498 og FKN 2009-135 jf. ovenfor. Synspunktet har også støtte i juridisk teori.¹⁵²

Poenget illustreres nettopp av Anderssens eksempel ovenfor. Selv om utbedringskostnadene i eksempelet utgjorde kr. 100 000 bør det utgjøre en forskjell i prosentsatsen (og vesentlighetsvurderingen) om den aktuelle bygningsdel var i begynnelsen eller på slutten av sin levetid. Jo eldre en bygningsdel er, desto flere feil må kjøper forvente. Tilsvarende dersom utbedring av fuktproblemer i et badegulv koster kr 100 000.

¹⁵⁰ Mindretallet viser egentlig til LB-2008-18689, men det fremgår av sitatet fra dommen at man må ha ment LB-2007-186809.

¹⁵¹ Tilsvarende Anderssen (2008) s. 187-188.

¹⁵² Anderssen (2008) s. 187-188.

Det bør utgjøre en forskjell i prosentsatsen (og vesentlighetsvurderingen) om dette er prisen for å få tilbake det samme gamle linoleumsgulvet, eller om prisen inkluderer helt nye fliser.

I tillegg til at et standardhevingsfradrag (i vid forstand) kan gi riktigere resultater fremstår en slik beregning også som rimelig. For kjøper vil det alltid være et gode at en brukt bygningsdel for eksempel skiftes ut med en ny. Det vil være uheldig for selger om den fordel forbedringen representerer for kjøper samtidig skal inngå i utbedringskostnadene og dermed gi en høyere prosentsats enn om standardforbedringen ikke hadde funnet sted.

Et viktig argument *mot* en nedjustering av kostnadene ut fra kjøpers forventninger er imidlertid at eiendommens karakter, herunder dens alder, grad av slitasje med videre, allerede er viktige momenter i vesentlighetsvurderingen, jf. henvisningen i avhl. § 3-9 annet punktum til ”tilhøva elles”.¹⁵³ Rettspraksis viser at en eventuell standardforbedring også kan være et selvstendig moment i helhetsvurderingen.¹⁵⁴ Til dette kommer at et fradrag for standardheving trolig vil gjøre prosentberegningen mer komplisert, og man kan spørre seg om det er hensiktsmessig all den tid hensynet allerede er ivaretatt i den kvalitative vurderingen.

I praksis tillegges imidlertid prosentlæren ofte betydelig vekt ved vesentlighetsvurderingen, og som nevnt innledningsvis bør derfor prosentberegningen foretas prinsipielt riktig.¹⁵⁵ Uten nedjustering av utbedringskostnadene vil avviket fremstå større enn det er, og prosentsatsen vil bli misvisende. All den tid prosentlæren utgjør et viktig moment i vurderingen er det uheldig om prosentsatsen ikke skal ta hensyn til kjøpers berettigede forventninger ut fra eiendommens alder og tilstand ved overtakelse. Mye av kritikken knyttet til prosentlæren har nettopp også vært at den er for unyansert, og en mer avansert beregning med fradrag målt ut fra kjøpers forventninger kan kanskje avhjelpe dette til en viss grad.

¹⁵³ Anderssen (2008) s. 187, tilsvarende FSN 6538 jf. ovenfor.

¹⁵⁴ Anderssen (2008) s. 188, Bjaaland (2009) s. 91.

¹⁵⁵ Anderssen (2008) s. 187.

Etter dette må konklusjonen være at det bør gjøres fradrag i utbedringskostnadene for forlenget levetid og/eller standardheving før prosentsatsen beregnes. På den måten tar man best hensyn til kjøpers berettigede forventninger til eiendommen ved overtakelse.

5.4.4.5 Fastsettelse av fradraget

Under forutsetning av at man godtar at det gjøres fradrag i utbedringskostnadene for forlenget levetid og standardheving er spørsmålet hvordan et slikt fradrag bør beregnes.

Her kan det være naturlig å trekke paralleller til prisavslagsbestemmelsen i avhl. § 4-12 annet ledd. Antagelig må de prinsipper som gjelder for beregning av standardhevingsfradrag ved utmåling av prisavslag også kunne legges til grunn for prosentlæren.

Før prinsippene for beregningen presenteres er det imidlertid viktig å gjøre oppmerksom på en praktisk forskjell mellom de to vurderingene. Som nevnt innledningsvis avgjør beregningen av prisavslaget etter § 4-12 annet ledd hva selger skal utbetale etter at mangel er konstatert, og formålet er å gjenopprette balansen i kontraktsforholdet. Dette gjør det særlig viktig at prisavslaget fastsettes riktig. Til sammenligning er beregningen av standardhevingsfradraget i prosentlæren kun et ledd i en større prosentberegning, hvis resultat (prosentsatsen) igjen kun er et av flere momenter i en helhetsvurdering av om det foreligger mangel. Det kan derfor ikke være grunn til å gå like nøyaktig til verks når sistnevnte fradrag skal beregnes. Det vil si at et standardhevingsfradrag i prosentberegningen trolig kan fastsettes mer skjønnsmessig enn ved prisavslag. Et skjønnsmessig fradrag ble også lagt i grunn i Borgarting lagmannsretts dom 15. september 2008 (LB-2007-186809) sitert ovenfor i punkt 5.4.4.2.

Ved beregning av prisavslag etter avhl. § 4-12 annet ledd utgjør fradraget for standardheving normalt den merverdi utbedringen tilfører eiendommen.¹⁵⁶ Det er

¹⁵⁶ Anderssen (2008) s. 290-291.

eiendommens standardnivå før og etter utbedring som sammenlignes. Det relevante ”før”-nivået er hva kjøper hadde grunn til å regne med på bakgrunn av det som var opplyst om eiendommen og omstendighetene for øvrig.¹⁵⁷ Ved prisavslag fastsettes standardhevingsfradraget i utgangspunktet til økningen i eiendommens markedsverdi, men dersom man mangler nærmere opplysninger om endringer i markedsverdien vil ofte en skjønnsmessig helhetsvurdering være avgjørende.¹⁵⁸ Disse prinsipper kan legges til grunn også for prosentberegningen etter avhl. § 3-9.

Når det gjelder fradrag for forlenget levetid kan man finne veiledning i Norges Byggeforskningsinstituttts oversikter over intervaller for vedlikehold og utskifting av bygningsdeler.¹⁵⁹ Levetidsbetraktningene er imidlertid ment som anbefalinger for vedlikehold, og er ikke utarbeidet med sikte på å løse juridiske spørsmål om mangler.¹⁶⁰ Levetidsbetraktningene bør derfor anvendes med forsiktighet og kan ikke være avgjørende.

I Anderssens eksempel ovenfor, i punkt 5.4.4.1, ble levetidsfradraget beregnet lineært ut fra levetidsbetraktninger og alder (40 % av levetiden var passert, og fradraget ble derfor satt til 40%). For utmåling av prisavslag har en slik lineær beregning blitt avvist som for enkel, blant annet fordi forholdene i den enkelte sak kan tilsi helt andre beløp.¹⁶¹ Det samme må trolig gjelde ved beregningen av fradraget ved prosentberegningen. Det er imidlertid ikke utelukket at en slik lineær beregning kan være veiledende for den skjønnsmessige utmålingen av fradraget.

Sammenfattet bør altså fradraget i utbedringskostnadene fastsettes skjønnsmessig, med prinsippene for utmåling av prisavslag etter avhl. § 4-12 som veiledning.

¹⁵⁷ Anderssen (2008) s. 290 med videre henvisninger.

¹⁵⁸ Anderssen (2008) s. 291.

¹⁵⁹ Anderssen (2008) s. 290 med videre henvisninger.

¹⁶⁰ Syrstad (2005) s. 93.

¹⁶¹ Anderssen (2008) s. 291.

5.4.5 Andre justeringer av utbedringskostnadene

Formålet bak de justeringer av utbedringskostnadene som har vært omtalt til nå er, som nevnt innledningsvis, å oppnå en riktigere prosentsats i vesentlighetsvurderingen. Tanken er at prosentsatsen vil bli riktigere, det vil si mer representativ for de faktiske manglene, jo mer nyansert beregningen gjøres. Og nyansert blir beregningen jo flere konkrete omstendigheter ved eiendomssalget man tar hensyn til. Spørsmålet her er derfor om det er grunn til å gjøre ytterligere justeringer av utbedringskostnadene, ut over de justeringer som er omtalt til nå.

Et forhold som prosentlæren ikke tar høyde for, og som kunne tenkes å inntas i prosentberegningen, er hva slags feil det er tale om. Rent estetiske feil kan gi høye utbedringskostnader og dermed en høy prosentsats. Tilsvarende kan alvorlige feil gi lave utbedringskostnader og dermed lav prosentsats. I praksis skal det imidlertid være enklere å oppfylle vesentlighetskriteriet ved de mer alvorlige feil.¹⁶² Dette kunne tale for en justering av utbedringskostnadene før prosentsatsen regnes ut. Men antagelig er det ikke grunnlag for en slik justering. Hvor alvorlig en mangel anses for å være vil variere fra kjøper til kjøper og lar seg vanskelig måle og tallfeste. Derfor bør man trolig nøye seg med at hensynet til mangelens art ivaretas i den øvrige helhetsvurderingen, og ikke i beregningen av prosentsatsen. Dette ser også ut til å ha vært løsningen i Rt. 2010 s. 103.¹⁶³

Utover dette ser det heller ikke ut til å være grunn til ytterligere justeringer av utbedringskostnadene. Selv om man ønsker en mest mulig riktig prosentsats i forhold til den faktiske situasjon, så er det viktig å innse at en matematisk beregning har sine begrensninger. En mangel kan aldri tallfestes eksakt og prosentberegningen vil aldri kunne ta høyde for alle de kvalitative momenter som inngår i helhetsvurderingen. For mange justeringer kan dessuten gjøre prosentlæren uhåndterlig og upraktisk. De eventuelle forhold rundt eiendomssalget som ikke har blitt omtalt til nå, og som kan ha en innvirkning på

¹⁶² Anderssen (2008) s. 192-193 med videre henvisninger.

¹⁶³ Se dommens avsnitt 58.

vesentlighetsvurderingen, bør derfor utgjøre selvstendige momenter i vurderingen og ikke innkalkuleres i prosentsatsen.

6 Prosentlærens betydning i vesentlighetsvurderingen

6.1 Innledning

I denne del forlates selve prosentberegningen. Etter at prosentsatsen er regnet ut skal den inngå i en bredere helhetsvurdering hvor også andre, kvalitative skjønnsmomenter spiller inn. Spørsmålet er som kjent om eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med. Temaet i denne delen er hvilken betydning prosentlæren vil ha i denne helhetsvurderingen.

Allerede innledningsvis kan det slås fast at det er vanskelig å oppstille generelle prinsipper for prosentlærens betydning. Ingen saker i rettspraksis er helt like.

Vesentlighetsvurderingen er konkret, og hvilke momenter som anføres, herunder vektleggingen av dem, varierer. Som regel går det heller ikke frem av domspremissene hvor stor vekt retten har tillagt de ulike momentene. Fremstillingen vil derfor måtte begrenses til noen generelle utgangspunkter.

I punkt 6.2 vil jeg se på prosentlærens betydning generelt, mens jeg i punkt 6.3 vil se nærmere på situasjonen der prosentsatsen er henholdsvis under og over vesentlighetsterskelen. Drøftelsene i de to punktene vil nødvendigvis gli noe over i hverandre.

6.2 Generelt om prosentlærens betydning

Et utgangspunkt er helt klart, prosentlæren vil aldri være ubetinget avgjørende i vesentlighetsvurderingen. Det fremgår blant annet av Rt. 2010 s. 103 at prosentlæren "...ikke er noe annet enn et utgangspunkt for en helhetsvurdering der også andre forhold er

av betydning for vesentlighetsspørsmålet...”.¹⁶⁴ At prosentlæren ikke er ubetinget avgjørende fremgår også av underrettspraksis og juridisk teori.¹⁶⁵

At prosentlæren ikke er ubetinget avgjørende sier imidlertid lite om hvilken betydning prosentlæren i så fall bør tillegges. Kanskje kan det anføres at prosentlærens betydning bør variere alt etter hvor nyansert beregningen gjøres, jf. drøftelsen om dette i punkt 5. Jo mer nyansert prosentberegningen gjøres, jo bedre veiledning kan prosentsatsen gi. Dette må selvsagt ikke trekkes for langt. Prosentsatsen vil aldri gi et eksakt mål på manglenes omfang, og bør derfor aldri være avgjørende. Men det kan likevel være større grunn til å vektlegge prosentsatsen der denne er et resultat av en nyansert beregning.

Anderssen har reist spørsmålet om prosentlæren generelt er viktigere enn andre momenter i vesentlighetsvurderingen.¹⁶⁶ Dette er det trolig vanskelig å gi et klart svar på. Høyesterett har i utgangspunktet ikke gitt uttrykk for at prosentlæren er viktigere enn andre momenter, verken i Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo), Rt. 2007 s. 1587 (avvisningsrett) eller Rt. 2010 s. 103. Flere juridiske forfattere har gitt uttrykk for at prosentlæren ikke bør tillegges for stor vekt.¹⁶⁷

I underrettspraksis ser prosentlæren imidlertid ut til å ha stått sentralt i premissene.¹⁶⁸ I Borgarting lagmannsretts dom 20. november 2001 (LB-2001-955) ble det blant annet uttalt at "[m]angelsspørsmålet skal avgjøres ved en helhetsvurdering" og at "[f]orholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader vil stå sentralt". Og når man i Rt. 2010 s. 103 gir uttrykk for at det skal "mye til" før vesentlighetskriteriet er oppfylt der prosentsatsen er under terskelen indikerer man jo nettopp at prosentlæren kan få relativt stor betydning i forhold til de øvrige momentene i enkelte saker.

¹⁶⁴ Dommens avsnitt 51.

¹⁶⁵ Bla. Anderssen (2008) s. 185, Bergsåker (2003) s. 178.

¹⁶⁶ Anderssen (2008) s. 185.

¹⁶⁷ Bla. Anderssen (2008) s. 185-186, Marthinussen (2010) s. 168, Lilleholt (2002) s. 74-75.

¹⁶⁸ Bergsåker (1999) s 8, Anderssen (2008) s. 185 og 187.

Etter dette er det uklart om prosentlæren er viktigere enn andre momenter. På den ene siden er ikke prosentlæren mer enn et utgangspunkt, en veiledende terskel, for en bredere helhetsvurdering. På den annen side er det heller ikke utelukket at den veiledende terskelen i enkelte saker kan komme til å tillegges stor betydning i forhold til de øvrige momenter.

6.3 Terskelens betydning for vesentlighetsvurderingen

6.3.1 Innledning

Et neste spørsmål, i forlengelsen av forrige punkt, er hvilken betydning selve terskelen bør tillegges i vesentlighetsvurderingen. Det vil si, hvilken betydning det har for vesentlighetsvurderingen at prosentsatsen er henholdsvis under og over terskelen for vesentlighetskravet.

Som nevnt i punkt 3.3 slo Høyesterett fast i Rt. 2010 s. 103 at utbedringskostnadene i utgangspunktet må ligge i den øvre del av intervallet 3 til 6 % for å oppfylle vesentlighetskravets kvantitative side. Terskelen må etter dette antas å ligge på ca 5 %.¹⁶⁹

6.3.2 Prosentsatser under terskelen

Jeg vil først se nærmere på terskelens betydning der prosentsatsen er lavere enn 5 %. I Rt. 2010 s. 103 ga Høyesterett uttrykk for at vesentlighetskravet også *kan* være oppfylt ved prosentsatser under terskelen. Men Høyesterett understreket samtidig: "...[d]et skal riktignok mye til."¹⁷⁰ I utgangspunktet må den generelle terskelverdien derfor antas å representere en nedre grense for når en eiendom kan tenkes å være i vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med.¹⁷¹ Med en lav prosentsats må det trolig foreligge *særlige omstendigheter* for at vesentlighetskravet skal være oppfylt.¹⁷²

¹⁶⁹ Tilsvarende Anderssen (2010) s. 113.

¹⁷⁰ Dommens avsnitt 51.

¹⁷¹ Tilsvarende Anderssen (2008) s. 189.

¹⁷² Bergsåker (2010) s. 17.

Et neste spørsmål er så hvilke særlige omstendigheter som kan gjøre at en lav prosentsats likevel oppfyller vesentlighetskravet. I Rt. 2010 s. 103 viste Høyesterett til avgjørelsen i Rt. 2007 s. 1587 (avvisningsrett) som eksempel. I denne saken var prosentsatsen lav (3,23 %). Men saken gjaldt ifølge Høyesterett "...en nesten ny leilighet av høy standard",¹⁷³ og dette var tilstrekkelig til at vesentlighetskravet var oppfylt. Etter dette må derfor eiendommens alder eller generelle standard kunne utgjøre slike særlige omstendigheter som kan gjøre at en lav prosentsats likevel oppfyller vesentlighetskravet.¹⁷⁴

Antagelig kan også mangelens art tilsi at en lav prosentsats er tilstrekkelig, for eksempel der det foreligger svikt i grunnleggende konstruksjoner.¹⁷⁵ Dette ble antydning av Høyesterett i Rt. 2010 s. 103 avsnitt (58): "Det kunne i utgangspunktet tenkes at en svakhet ved takkonstruksjonen etter sin art tilsier at vesentlighetskravet er oppfylt, selv om utbedringskostnadene ved en slik feil skulle være beskjedne i forhold til kjøpesummen." I denne saken var imidlertid ikke feilens art tilstrekkelig alvorlig til at vesentlighetskravet var oppfylt. Det var blant annet "...sentralt at svakhetene ikke representerer noen fare eller antas å ha noe forverringspotensial." Der den aktuelle feil er alvorlig, og samtidig kan ha sikkerhetsmessige konsekvenser, er det altså mulig at vesentlighetskravet kan være oppfylt selv med lav prosentsats.

Utover dette ser ikke avgjørelsen i Rt. 2010 s. 103 ut til å gi ytterligere veiledning om hvilke særlige omstendigheter som kan tilsi at en lavere prosentsats likevel oppfyller vesentlighetskravet.¹⁷⁶ Det er mulig at også en særlig høy kjøpesum bør tale for at vesentlighetskravet kan være oppfylt der prosentsatsen er lav.¹⁷⁷ På den måten kan man kompensere for at prosentlæren gjør det vanskeligere å nå vesentlighetsterskelen jo høyere kjøpesummen er, noe som ikke var intensjonen med henvisningen til "kjøpesummen" i avhl. § 3-9 annet punktum. For øvrig vil det trolig bero på en konkret vurdering hvorvidt vesentlighetskravet skal anses oppfylt.

¹⁷³ Rt. 2010 s. 103 avsnitt 46.

¹⁷⁴ Bergsåker (2010) s. 17.

¹⁷⁵ Bergsåker (2010) s. 17.

¹⁷⁶ Tilsvarende Bergsåker (2010) s. 17.

¹⁷⁷ Bergsåker (2003) s. 178 med videre henvisninger.

6.3.3 Prosentsatser på eller over terskelen

Neste spørsmål er hvilken betydning det har for vesentlighetsvurderingen at den aktuelle prosentsatsen ligger på eller over vesentlighetsterskelen, altså på 5 % eller mer.

I Rt. 2010 s. 103 uttaler Høyesterett om dette:

”De to rettsavgjørelsene jeg har vært inne på, viser ... at prosentberegninger ikke er noe annet enn et utgangspunkt for en helhetsvurdering der også andre forhold er av betydning for vesentlighetsspørsmålet, slik som salgssituasjonen, feilens art og betydning og boligens karakter og standard. Vesentlighetskravet behøver i lys av slike forhold altså ikke være oppfylt selv om utbedringskostnadene skulle overskride en veiledende terskel.”¹⁷⁸

Høyesteretts uttalelse viser at kvalitative momenter, og særlig de momenter Høyesterett oppfører, kan tilsi at vesentlighetskravet *ikke* er oppfylt til tross for høy prosentsats.

Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo) er et eksempel på det samme. Som nevnt i punkt 3.2 var prosentsatsen i utgangspunktet tilstrekkelig høy i denne saken, men de konkrete omstendighetene gjorde at vesentlighetskravet likevel ikke var oppfylt. Etter dette må det være klart at en prosentsats på eller over vesentlighetsterskelen ikke nødvendigvis er avgjørende for vesentlighetsvurderingen.

Et neste spørsmål er hva som eventuelt må til for at vesentlighetskravet ikke anses oppfylt til tross for høy prosentsats. Utover å gi eksempler på hvilke kvalitative momenter som kan få betydning gir ikke Rt. 2010 s. 103 noen nærmere veiledning i så måte. Det går for eksempel ikke frem om det skal ”mye til”, slik situasjonen var for lave prosentsatser. Heller ikke Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo) gir særlig veiledning.

Etter dette er det derfor vanskelig å si noe generelt om hva som skal til for at vesentlighetskravet ikke skal anses oppfylt til tross for høy prosentsats. Dette vil trolig

¹⁷⁸ Dommens avsnitt 51.

varierte etter prosentsatsens størrelse og de konkrete omstendigheter. Antagelig kan det også få betydning hvor nyansert prosentberegningen har vært, herunder i hvilken grad man har tatt hensyn til kjøpers berettigede forventninger og andre konkrete omstendigheter i beregningen. Jo flere forhold man har tatt hensyn til ved beregningen av prosentsatsen, jo mer skal trolig til for at en prosentsats over terskelen likevel *ikke* oppfyller vesentlighetskravet. Utover dette vil det måtte bero på en nærmere konkret vurdering hvorvidt vesentlighetskravet skal anses oppfylt der prosentsatsen er tilstrekkelig høy.

7 Litteraturliste

7.1 Bøker

- Anderssen (2002) Anderssen, Harald Benestad. *Avhendingslovens § 3-9 2.punktum: særlig om vesentlighetskriteriet ved salg av boligeiendom*. Oslo, 2002.
- Anderssen (2008) Anderssen, Harald Benestad. *Avhendingsloven: med kommentarer*. Oslo, 2008.
- Bergsåker (2003) Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom: med kommentarer til avhendingsloven*. 4.utg. Oslo, 2003.
- Bjaaland (2009) Bjaaland, Marianne Raa og Jan-Erik Nielsen. *Eiendomsprosjekter*. Oslo, 2009.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein og Jan. E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo, 2001.
- Falkanger (1997) Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*. 2.utg. Oslo, 1997.
- Falkanger (2005) Falkanger, Thor. *Fast eiendoms rettsforhold*. 3.utg. Oslo, 2005.
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003.
- Krüger (1999) Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4.utg. Bergen, 1999.
- Martinussen (2007) Martinussen, Roald. *Avhendingsrett : innføring i eiendomskjøpsrett*. Oslo, 2007.

7.2 Artikler

- Anderssen (2010) Anderssen, Harald Benestad. *En ny tidsregning i avhendingsretten*. I: Lov og Rett. Nr. 3/2010 s. 113-114 [idunn.no]
- Bergsåker (1999) Bergsåker, Trygve. *Avhendingsloven*. I: Juristkontakt. Nr. 5/1999 s. 4-10 [lovdata]
- Bergsåker (2010) Bergsåker, Trygve. *Høyesterettsdom om avhendingsloven – Rt. 2010 s. 103*. I: Nytt i privatretten. Nr. 2/2010 s. 17-18
- Lilleholt (1999) Lilleholt, Kåre. *Medan vi ventar på Høgsterett – merknader om avhendingslova*. I: Juristkontakt. Nr. 7/1999 s. 18-19
- Lilleholt (2002) Lilleholt, Kåre. *Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2002 s. 62-75 [lovdata]
- Marthinussen (2010) Marthinussen, Hans Fredrik. *Noen hjertesukk om prosentfetisjer ved tolkningen av avhendingslova § 3-9*. I: Lov og Rett. Nr. 3/2010 s. 165-168 [idunn.no]
- Ristvedt (2003) Ristvedt, Per M. *Bukkebo-dommen – betydningen av Høyesteretts første dom vedrørende avhendingsloven § 3-9 annet punktum*. I: Lov og Rett. Nr. 2/2003 s. 85-93 [lovdata]
- Syrstad (2005) Syrstad, Helge. *Avhendingslova § 3-9 siste punktum – vesentlighetsgrensen*. I: Tidsskrift for Eiendomsrett. 2005 s. 86-97 [lovdata]
- Vodal (1999) Vodal, Roger. *Avhendingsloven § 3-9 – prosentvis angivelse av mangelens omfang – veiledning eller villedning*. I: Juristkontakt. Nr. 9/10-1999 s. 28-30

7.3 Lover

- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63

- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) av 3. juli 1992 nr. 93
1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17
2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34

7.4 Forarbeider

- | | |
|---------------------------|--|
| NOU 1979:48 | Rådsegn 12 - Avhending av fast eiendom |
| Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) | Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) |
| Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) | Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980 |

7.5 Domsregister

Høyesterett

- Rt. 1998 s. 1510
Rt. 2002 s. 1425 (Bukkeboddommen)
Rt. 2005 s. 1281
Rt. 2007 s. 1587 (Avvisningsrettdommen)
Rt. 2008 s. 963 (Rottedommen)
Rt. 2010 s. 103
Rt. 2010 s. 710

Lagmannsretten

- RG 1996 s. 435 (Frostating)
RG 1998 s. 155 (Borgarting)
RG 2003 s. 1513 (Borgarting)
RG 2004 s. 72 (Borgarting)
LA-1997-235
LF-1997-816
LB-1999-120

LB-1999-2211

LB-2001-955

LB-2001-3259

LB-2007-186809

LG-2008-133674

Tingretten

Oslo tingretts dom 7. juli 2004 (TOSLO-2004-2050)

Oslo tingretts dom 20. april 2006 (TOSLO-2006-16771)

Midhordland tingretts dom 14. juni 2006 (TMIHO-2005-125627)

Oslo tingretts dom 7. mars 2008 (TOSLO-2007-157198)

7.6 Forsikringsklagenemnda

Uttalelse av 21. november 2005	FSN 5887	[lovdata]
Uttalelse av 2. mars 2007	FSN 6538	[forsikringsklagekontoret.no]
Uttalelse av 26. mai 2008	FSN 7268	[forsikringsklagekontoret.no]
Uttalelse av 24. oktober 2008	FSN 7468	[forsikringsklagekontoret.no]
Uttalelse av 17. november 2008	FSN 7498	[forsikringsklagekontoret.no]
Uttalelse av 4. mai 2009	FKN 2009-135	[forsikringsklagekontoret.no]
Uttalelse av 25. mai 2009	FKN 2009-200	[forsikringsklagekontoret.no]
Uttalelse av 6. januar 2010	FKN 2010-10	[lovdata]

7.7 Internettkilder

Forsikringsklagenemndas hjemmesider. Siste oppslagsdato: oktober 2010

Tilgang: <http://forsikringsklagekontoret.no/dllvis5.asp?id=1492>